Der Rücktritt des Täters vom Versuch und seine Wirkung auf die Strafbarkeit der Teilnahme.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Herbert Behrendt
Referendar

Breslau
Druck der Buchdruckerei der Schlesischen Volkszeitung, Breslau.
1912

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meiner lieben Mutter!

Literatur-Verzeichnis.

v. Bar, Zur Lehre vom Versuch und Teilnahme. Hannover 1856.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Berlin 1907.

Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Stuttgart 1888.

Beling, Grundzüge des Strafrechts. Jena 1902.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1886 (1898).

Berolzheimer, Die akzessorische Natur der Teilnahme. München und Berlin 1909.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Leipzig 1872—1877.

Binding, Grundriß zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil. Leipzig 1877.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Leipzig 1902—1905.

Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme. Berlin 1890.

Birkmeyer, Das Strafrecht (in seiner Enzyklopädie der Rechtswissenschaften). Berlin 1904.

Brandis, Der Rücktritt vom Versuche in seiner Bedeutung für die Teilnahme nach dem StGB. Leipzig 1907.

v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und der Begünstigung. Gießen 1860.

Cohn, Die Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen. Breslau 1880.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1908.

Fuhrmann, Der Rücktritt vom Versuch. Leipzig 1903.

Geyer, Der Rücktritt des Angestifteten (in Holtzendorffs Handbuch). Berlin 1871.

Geyer, Grundriß zu den Vorlesungen über das deutsche Strafrecht. München 1884.

Goltdammers Archiv für Strafrecht.

Hälschner, Das deutsche Strafrecht, Bd. 1.

Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte tätige Reue nach gemeinem Strafrecht und dem deutschen Reichsstrafgesetzbuch. Berlin 1897.

Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Braunschweig 1857.

Heilborn, Der agent provocateur. Berlin 1901.

Heins, Der Rücktritt des Mittäters. (Archiv, 1890.)

Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Heidelberg 1907.
Herzog, Der Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Marburg 1888.
Herzog, Rücktritt vom Versuch. Würzburg 1889.
Italiener, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme nach dem deutschen Reichsstrafgesetzbuch. Berlin 1909.
Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre. (Beling, Heft 14) 1898.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I. Berlin 1890.
Köstlin, System des deutschen Strafrechts; Abt. 5, allgemeiner Teil. Tübingen 1885.
Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs. Wien 1879.
Liepmann, Die Reue vom kriminalistischen Standpunkt (in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft) Berlin 1901.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1908.
Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts I. 1847.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Mittermaier, im neuen Archiv des Kriminalrechts I. Halle 1828.
Meyer H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1895.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1907.
Meves, Die Grundsätze des StGB. über die tätige Reue (im Gerichtssaal, Bd. 24). Erlangen 1872.
Meves, Die Stellung des Anstifters zu § 46 StGB. (im Archiv für Strafrecht. Band 37). Berlin 1890.
Nagler, Teilnahme am Sonderverbrechen. Leipzig 1903.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1909/10.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1901.
Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem Strafrecht. Erlangen 1854.
Oetker, Vorentwurf zu einem Schweizer Strafgesetzbuch (in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 17.)
Prosch Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme. Bremen 1904.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1908.
Russisches Strafgesetzbuch, vom 22. März 1903 (in der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher. Berlin 1908).
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1879.
Schwab, Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme. Erlangen 1904.
v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1884.
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1. Legislaturperiode, Band 1 und 3.

Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Berlin 1865.
Thomsen, Das deutsche Strafrecht. Berlin 1907.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1909.
Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch und
Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Nr. 29 und 28 der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher. Berlin 1909.
Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Göttingen 1839.

Anmerkung: Im Text sind die Werke in der Regel nur nach Namen des Verfassers und der Seiten- (und Bände-)zahl zitiert.

Einleitung.

Die Frage, ob der Rücktritt des Täters vom Versuche Straflosigkeit des Anstifters und des Gehilfen bewirkt, wird von dem Reichsstrafgesetzbuche, zum mindesten nicht durch positive Bestimmungen, beantwortet.

Wenn überhaupt die Frage aufgeworfen wird, ob eine Tatsache Straflosigkeit einer Person, die sich in einer bestimmten Weise verhalten hat, bewirken soll, so ist dabei stillschweigende Voraussetzung, daß diese Person für dies Verhalten der Regel nach zu bestrafen sei.

Bestraft aber wird, wer eine strafbare Handlung begeht, d. h. eine Handlung, die vom Gesetz mit Strafe bedroht ist.

Aber solche Handlungen werden nicht unter allen Umständen bestraft. Häufig findet man im Gesetz Bestimmungen, die lauten: eine strafbare Handlung liegt nicht vor, oder diese oder jene Handlung oder Person „ist" oder „bleibt" unter dieser oder jener Voraussetzung straflos. Unbestrittenerweise haben aber nicht alle diese Bestimmungen die gleiche Wirkung. Vielmehr befreien einzelne dieser Vorschriften objektiv von der Strafe; d. h. alle an der Handlung Beteiligten bleiben straflos. Andere wirken nur subjektiv, persönlich, strafaufhebend. Es kommt dann die Strafbefreiung nur dem zugute, auf den sie gemünzt ist, während die anderen, Mittäter und Teilnehmer (die Ausdrücke im Sinne Liszts gebraucht), zu bestrafen sind. Diese Erscheinung erklärt sich folgendermaßen: im ersten Falle war die Handlung des Täters gar kein Delikt, irgend ein Umstand bewirkte, daß etwas dem Delikte Wesentliches fehlte, es lag kein „mit Strafe bedrohtes Unrecht", vor, daher auch keine Schuld des Täters. Man nennt in diesem Falle den Umstand, der verhinderte, daß

die Handlung den Charakter eines Delikts annahm, und der infolgedessen objektiv strafbefreiend wirkt, einen Schuldausschließungsgrund.

Im anderen Falle aber werden gewisse, an der Handlung beteiligte Personen bestraft, andere nicht, trotzdem eine strafbare Handlung vorlag. Es sind also hier nicht alle Täter (im weiteren Sinne) strafbar, nämlich die nicht, für welche Strafausschließungsgründe vorlagen.

Da das Gesetz, wie bereits angedeutet und des späteren noch genauer zu zeigen ist, sich einer einheitlichen Ausdrucksweise bezüglich der Straf- und Schuldausschließungsgründe nicht bedient, so gebraucht auch die einschlägige Literatur durchaus nicht gleichmäßig dieselben Bezeichnungen für dieselben Begriffe[1]).

Für das Folgende ist es von Wichtigkeit, zu entscheiden, wie die in Frage kommenden Begriffe zu bezeichnen sind, und in Anlehnung an Liszt scheidet man wohl besten: Gründe, welche bewirken, daß eine strafbare Handlung, ein Delikt, überhaupt nicht zustande kommt, als da sind: „Fehlen der Handlung oder der Rechtswidrigkeit der Tat oder der Zurechnungsfähigkeit des Täters oder der Zurechenbarkeit der Tat"[2]). Ferner Gründe, welche trotz Vorliegens eines Delikts Straflosigkeit bewirken: Strafausschließungsgründe. Bestanden sie schon bei der Begehung (z. B. bei Blutschande Verwandter oder Verschwägerter, welche das 18. Lebensjahr noch nicht erreicht haben, § 173; auch bei Delikten des Monarchen [bestritten]) oder entstanden sie mit der Begehung (Kartellträger im Falle des § 209), immer sind die Strafausschließungsgründe, „Straffreiheitsgründe", „die Umstände[3]), bei deren Vorliegen die Strafandrohung auf die

---

[1]) Vergl. Liszt, S. 191, Meyer, S. 316 und Birkmeyer, Teilnahme S. 155.

[2]) Liszt, S. 191.

[3]) Beling, S. 70.

schuldhafte rechtswidrige Handlung, auf die sie an sich gemünzt ist, ausnahmsweise keine Anwendung findet". Nach der Tat eintretende Umstände, die Straflosigkeit des Täters bewirken, sind die Strafaufhebungsgründe. Wie die eigentlichen Strafausschließungsgründe wirken sie ebenfalls persönlich und können deshalb im weiteren Sinne Strafausschließungsgründe genannt werden. Es stehen somit die Schuldausschließungs- den Strafausschließungsgründen entgegen.

Diese Unterscheidung ist für die Untersuchung insofern wichtig, als festzustellen sein wird, ob der Rücktritt vom Versuch ein Schuld- oder aber ein Strafausschließungsgrund ist; davon hängt aber die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen bei Rücktritt des Täters ab; denn wegen der akzessorischen Natur der Teilnahme sind Anstifter und Gehilfen nur bei Vorliegen eines Delikts seitens des Täters zu bestrafen.

§ 1.

Strafbare Handlung des Täters — Voraussetzung der Strafbarkeit der Teilnahme.

Anstiftung und Beihilfe sind als Fälle der Teilnahme (im Folgenden immer im engeren Sinne, im Gegensatz zu der Mittäterschaft gebraucht), d. h. „der Beteiligung an der von einem anderen begonnenen oder vollendeten Ausführungshandlung"[1]) unter Strafe gestellt (§§ 48, 49 RStGB.). Findet man nun, daß Fälle vorgesehen sind, in denen Anstiftung und Beihilfe ausnahmsweise straflos bleiben, so läßt sich dies so erklären, daß entweder in diesem konkreten Falle etwas der strafbaren Teilnahme Wesentliches fehlt, also überhaupt nicht die betreffende Handlung Teilnahme im strafrecht-

[1]) Liszt, S. 228.

lichen Sinne ist, oder aber, daß aus besonderen Rücksichten „die strafbare Handlung der Teilnahme straflos“ bleibt.

Fehlt nun etwas der strafbaren Teilnahme Wesentliches, wenn der Täter vom Versuche zurücktritt? Um dies beantworten zu können, müssen die Voraussetzungen der beiden Fälle der Teilnahme festgestellt werden. Als Anstifter wird nach § 48 StGB. bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat. Erforderlich ist demnach einmal, daß der Anstifter vorsätzlich in dem zu Bestimmenden den Entschluß, ein Delikt zu begehen, hervorgerufen hat. Die zweite Voraussetzung ist, daß der Entschluß des Angestifteten, die strafbare Handlung zu begehen, der Erfolg der bestimmenden Tätigkeit ist. Unwesentlich dagegen ist das Mittel, das der Anstifter gewählt hat, um den Täter zu bestimmen. Das wichtigste Erfordernis der Strafbarkeit der Anstiftung ist, daß der Täter die Handlung, zu der er angestiftet werden sollte, auch wirklich begangen hat.

Nach § 49 RStGB. wird als Gehilfe bestraft, wer dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat und Tat wissentlich Beihilfe geleistet hat.

Hier ist im Gegensatz zur Anstiftung ein Hilfeleisten erforderlich. Was darunter des näheren zu verstehen ist, ist bestritten. Auf die Streitfrage einzugehen erübrigt sich, da ja der Einfluß des Rücktritts des Täters auf die Strafbarkeit desjenigen, der als Gehilfe im strafrechtlichen Sinne in Frage kommt, zu prüfen ist. Übereinstimmend mit der Anstiftung ist auch hier eine strafbare Tat des Täters, welche durch den Gehilfen intellektuell oder physisch gefördert ist, erforderlich.

Also, „ob Anstifter und Gehilfe strafbar werden, hängt vom Täter, hängt davon ab, ob dieser eine strafbare Handlung begeht. Entscheidend also ist die freie Tätigkeit eines anderen Menschen, frei in dem Sinne, daß sie diesem zugerechnet werden kann"[1]). Diese Tatsache ist für die Untersuchung grundlegend. Die Teilnahme ist akzessorischer Natur; ohne deliktisches Handeln des Täters ist sie nicht denkbar; der Enderfolg, der den Täter strafbar macht, macht auch mittelbar den Teilnehmer schuldig, insofern der Enderfolg zu einem anderen Erfolge (der Teilnahme) kausal ist. Aber nur für das Delikt, das mit der Teilnahme in Beziehung steht, an dem der Teilnehmer (im technischen Sinne) teilgenommen hat, trifft ihn die Verantwortung; andererseits aber auch für das Delikt, wofür der Täter nicht bestraft wird, vorausgesetzt natürlich, daß auch wirklich ein deliktisches Handeln des Täters vorlag. Unter der akzessorischen Natur der Teilnahme versteht man demnach die Eigenschaft derselben, daß sie nur nach geschehenem Delikt des Täters denkbar ist, abgesehen von den Fällen, in denen sie zu einem delictum sui generis erhoben ist. Hat der Täter eine Handlung begangen, die strafbar ist, so ist auch die Strafe der Teilnahme verwirkt, mag auch der Täter wieder straffrei werden. Es hieße den Begriff der akzessorischen Natur der Teilnahme überspannen, wollte man, wenn der Täter trotz seiner Schuld straffrei ist oder wird, auch nun dem Teilnehmer Straffreiheit gewähren, lediglich deshalb, weil der Haupttäter straflos ausgegangen ist. Denn, das ist festzuhalten, der Anstifter wird bestraft wegen der begangenen Handlung des Täters, und als Gehilfe wird bestraft, wer zur Begehung eines Deliktes Hilfe geleistet hat; und zwar ist die Strafe verwirkt im Augenblick der Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale. Diese verwirkte Strafe könnte nur durch besondere

---

[1]) Heilborn, S. 78.

gesetzliche Bestimmung wieder aufgehoben werden; eine solche fehlt aber.

Demnach kann der Rücktritt des Täters vom Versuche nur dann Straflosigkeit des Anstifters und Gehilfen bewirken wenn er ein Schuldausschließungsgrund ist.

II. Die Wirkung des Rücktritts auf die Versuchshandlung.

A. Übersicht über die in der Literatur vertretenen Ansichten.

Der Anstiftung sowie der Beihilfe essentiell ist die strafbare Handlung des Täters. Es wird sich daher fragen liegt beim Rücktritt vom Versuch noch eine strafbare Handlung des Zurücktretenden vor, m. a. W., ist der Rücktritt ein Schuld- oder ein Strafausschließungsgrund?

§ 46 RStGB. bestimmt: Der Versuch bleibt straflos, wenn der Täter

1. die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder

2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat.

Nach § 46 „bleibt“ also eine nach § 43 strafbare Handlung[1]) unter gewissen Voraussetzungen straflos, und zwar ist je nachdem, wie weit die verbrecherische Tätigkeit

---

[1]) Der „Versuch“ als solcher im Gegensatz zu den Handlungen, die nicht den Tatbestand des § 43 erfüllen. Dies ist die herrschende Ansicht: Meyer-Allfeld, S. 183, Liszt, S. 312; Olshausen § 46 Nr. 5, u. a.
„Als solcher“, nicht die im Falle des qualifizierten Versuchs vorhandene vollendete Handlung.

fortgeschritten ist, ein entsprechender Grad der vom Täter zu entfaltenden Gegenwirkung notwendig. Damit der unbeendigte Versuch (für welche nicht korrekte Bezeichnung Brandis[1]) die richtigere „Versuch mit unbeendigter Ausführungshandlung" vorschlägt) straflos werde, genügt Nichtvollendung der Willensbetätigung, Rücktritt vom Versuch im engeren Sinne. Bei beendetem Versuch — besser Versuch mit beendeter Ausführungshandlung — ist „Abwenden des Erfolges", sogen. tätige Reue erforderlich. Die Frage nach der rechtlichen Natur des Rücktritts, insbesondere im Reichsrecht, ist sehr bestritten; es ist dies, wenigstens zum Teil, eine Folge der Fassung des Gesetzes.

§ 2.

Ist der Rücktritt Schuldausschließungsgrund?

Eine nicht unbeträchtliche Zahl älterer und neuerer Schriftsteller halten den Rücktritt für einen Schuldausschließungsgrund.

Diese ihre Ansicht stützen die einen auf den Wortlaut des Gesetzes: „Der Versuch bleibt straflos". Mit diesen Worten soll der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht haben, daß der Rücktritt ein Schuldausschließungsgrund sei, mit anderen Worten, daß die Versuchshandlung kein Delikt mehr sei. In der Art und Weise der Auslegung weichen die einzelnen Schriftsteller, die zu dem bezeichneten Resultat gelangen, wesentlich von einander ab.

An erster Stelle mögen angeführt werden die Ausführungen Heilborns, die eingehender sind, als die der anderen Schriftsteller. Heilborn faßt den Rücktritt als Schuldausschließungsgrund auf: „Der Täter, welcher den Versuch freiwillig aufgibt, ist in den Augen des Gesetzgebers nicht mehr schuldig"[2]). In dem Wortlaut findet er einen (nicht

---

1) Brandis, S. 1.

2) Heilborn, S. 128.

den) Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht. Er sagt, der Ausdruck „bleibt straflos" kommt noch in den Fällen der §§ 12, 247, 289 und 370 Z. 5 vor und bedeute immer, die an der Handlung Beteiligten bleiben straflos. Dieser Sprachgebrauch müsse auch bei der Auslegung des § 46 berücksichtigt werden.

Abgesehen von dem § 46 kommt der Ausdruck „bleibt straflos", streng genommen, nur noch zweimal vor: in § 247 und § 370 Z. 5. Denn § 289 verweist nur auf § 247, und im § 12 heißt es: „Berichte . . . bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei." Das mag ja dem Sinne nach gleich sein dem Ausdrucke: Berichte, die sonst strafbar wären, bleiben straflos; aber derselbe Ausdruck ist im § 12 doch nicht gebraucht (außerdem ist es auch bezüglich des § 12 nicht ganz unbestritten, ob er einen Schuldausschließungsgrund enthält; Binding[1]) nimmt meines Erachtens ein Privileg des Täters an. Mit der herrschenden Meinung wird diese Ansicht jedoch abzulehnen sein). Über die beiden §§ 247 und 370 Z. 5 äußert sich Heilborn[2]) folgendermaßen: „In den §§ 247 und 289 wurde die Hervorhebung des Gegenteils für notwendig erachtet, das ist auch ein Beweis. Am auffallendsten aber ist § 370 Z. 5. Die Entwendung bleibt unter denselben Voraussetzungen straflos, wie Diebstahl und Unterschlagung, nur fehlt der Hinweis auf die Strafbarkeit der Teilnehmer, welche nicht in dem betreffenden persönlichen Verhältnisse zum Verletzten stehen. Nun mag man noch soviel über die mangelhafte Redaktion unseres StGB. sagen: das wird der Gesetzgeber sich doch überlegt haben, ob er die Bestimmung des § 247, Abs. 2, allein oder auch die des Abs. 3 wiederholen wollte. Es lag sehr nahe, den im § 289 (Heilborn meint offenbar 247) gebrauchten Wortlaut noch

1) Binding, Lehrbuch I, S. 684.
2) Heilborn, S. 124.

einmal zu wiederholen. Das geschah aber nicht. . . . Nach dem Sprachgebrauch des StGB. heißt es also: »Der Versuch als solcher bleibt straflos, die Beteiligten bleiben straflos.«"

Es läßt sich nicht von der Hand weisen, daß diese Ausführung viel für sich hat. Ein Beweis jedoch dafür, daß der erste Satz des § 46 wirklich das bedeutet, was ihm unterstellt wird, ist meines Erachtens nicht erbracht. Denn auch betreffs der §§ 247, 370 Z. 5 ist es durchaus nicht unbestritten, ob in ihnen ein Delikts- oder ein Strafausschließungsgrund gegeben ist. Meines Erachtens ist in § 247 die Verwandtschaft ganz zweifellos ein Strafausschließungsgrund[1]). Der Paragraph sagt, der Diebstahl bleibt straflos (Abs. 2). Das soll aber nicht bedeuten, die Beteiligten bleiben straflos, die nicht in dem vorbezeichneten Verhältnis stehen (Abs. 3). Es liegt hier ein Delikt vor, und nur gewisse Personen sind persönlich von der Strafe befreit. Und trotzdem hier also ein Strafaufhebungsgrund vorliegt, gebraucht das Gesetz die Worte: „Der Diebstahl bleibt straflos." Gewiß läßt sich hören, daß durch den Abs. 3 darauf hingewiesen werden sollte, daß die gebrauchte Wendung eine andere Bedeutung haben soll als sonst. Aber dies müßte doch erst bewiesen werden. Was das Fehlen einer dem Abs. 3 entsprechenden Vorschrift des § 370 Z. 5 anlangt, so ließe es sich vielleicht auch folgendermaßen erklären: § 247 Abs. 1 stellt gewisse Personen günstiger, indem diese nur auf Antrag verfolgbar sind. Diese Vorteile sollen für die Personen, „die nicht in einem der vorbezeichneten Verhältnisse stehen", nicht eintreten. Wäre Abs. 3 so gefaßt, daß er sich nur auf Abs. 1 bezöge, so mußte der Gesetzgeber befürchten, daß daraus dann geschlossen würde (argumentum a contrario) allen an der Handlung Beteiligten würde im Falle des Abs. 2 der Vorteil zugute kommen. Um dies zu vermeiden, ist Abs. 3

---

[1]) S. auch **Olshausen, § 247 Nr. 13, Liszt, § 44 II.**

in der vorliegenden Form gefaßt. An- und für sich ist die Vorschrift des Abs. 3, soweit sie sich auch auf Abs. 2 bezieht, meines Erachtens nicht notwendig. Daher ist sie auch bei § 370 Z. 5, wo eine derartige Rücksicht nicht zu nehmen war, fortgelassen.

Ferner bedient sich das Gesetz allerdings einmal einer Form des Ausdrucks, durch die ein derartiger Streit vermieden wird, nämlich in § 173 Abs. 4, indem es sagt, Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie bleiben straflos, wenn sie das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben. Folgerungen von ausschlaggebender Bedeutung darf man aber nicht aus dieser abweichenden Ausdrucksweise ziehen.

Diejenige des § 247 ist wohl gewählt, weil sie einfacher ist als etwa die Fassung: derjenige, der einen Diebstahl . . . begeht, bleibt . . .; während hier eine dem § 247 entsprechende Fassung nur schwerfälliger wirken würde.

Im übrigen vergleiche man die Fassung folgender Paragraphen:

1. § 209: Kartellträger, die sich ernstlich bemühen usw. sind straflos, 2. § 173 Abs. 4: Verwandte und Verschwägerte, die usw. bleiben straflos, 3. § 257 Abs. 2: Begünstigung, wenn Angehörigen gewährt, ist straflos, 4. § 247 Abs. 3: Diebstahl, von Verwandten aufsteigender Linie begangen an solchen absteigender Linie, bleibt straflos.

Wie man aus dem Wechsel von „ist“ und „sind“ einerseits und „bleibt“ und „bleiben“ andererseits, der ohne Notwendigkeit geschieht, schließen darf, haben die Redaktoren des Strafgesetzes nicht darauf Wert gelegt, eine einheitliche Ausdrucksweise anzuwenden (vgl. auch „Straflosigkeit tritt ein“, „die Strafe fällt weg“ u. a.) Nach allen diesem will es scheinen, daß man aus dem Wortlaut des § 46 „der Versuch als solcher bleibt straflos“ nicht mit Sicherheit behaupten kann, daß der Rücktritt ein Schuldausschließungsgrund sei. Daß die Worte des § 46 die ihnen von

Heilborn beigelegte Bedeutung haben könnten, soll nicht bestritten werden; daß sie sie aber haben, müßte erst auf anderem Wege bewiesen werden.

Anders interpretiert Rubo die Worte: „Der Versuch als solcher bleibt straflos.“ Er legt den Ton auf „bleibt“ und mißt diesem nach vorstehender Ausführung gänzlich bedeutungslosen Ausdruck ausschlaggebende Bedeutung bei und kommt dabei zu folgendem Resultat: „Die Worte: »der Versuch als solcher bleibt straflos« besagen, daß diejenige Strafbarkeit fortbesteht, welche dem Versuch so lange zukommt, als er den Tatbestand des § 43 noch nicht ausmacht. Falls der § 46 anwendbar wird, ist daher nicht anzunehmen, als ob die Strafbarkeit des nach § 43 strafbaren Versuches nachträglich wieder aufgehoben wird; es muß vielmehr die Anschauung gelten, als ob die Handlung bis zur Strafbarkeit überhaupt nicht gediehen war. Bei dieser Anschauung ist im Falle des § 46 eine strafbare Handlung noch gar nicht begangen worden“[1]). Rubo selbst gesteht zu, daß dies der juristischen Konstruktion nach irrig ist. Aus dem von Rubo dem Gesetzgeber Unterstellten ergäbe sich folgendes: Mit demselben Worte „Versuch“ bezeichnet das Gesetz etwas Verschiedenes: einmal in § 43 den strafbaren Versuch und dann in § 46 den straflosen Versuch, d. h. eine einfache Vorbereitungshandlung. Es wäre dann völlig überflüssig gewesen, daß dieser als straflos bezeichnet wird. Dem Gesetzgeber eine derartige „irrige Konstruktion“ zuzutrauen, bloß weil man dem einen Ausdruck eine übertriebene Bedeutung beilegt, scheint sehr bedenklich. Es ist wirklich die Annahme vorzuziehen, der Gesetzgeber habe einen ungenauen Ausdruck gewählt, als daß er tatsächlich das ihm von Rubo Unterstellte gemeint habe. Auf die Ausdrucksweise unseres Strafgesetzbuches läßt sich eben kein Beweis stützen, vor allem nicht, wenn man in Rubos Art interpretiert.

[1]) Rubo, S. 420.

Baumgarten und Thomsen scheinen sich ebenfalls nur auf den Wortlaut zu stützen; denn eine andere Begründung ihrer Ansicht bringen sie nicht vor. Ersterer meint, „der Versuch wird für straflos erklärt (also nicht bloß für den Täter, sondern auch für den Teilnehmer). Der Strafaufhebungsgrund ist eben objektiver und nicht bloß subjektiver Natur"[1]). Ähnlich äußert sich Thomsen, er will Straflosigkeit des Gehilfen: „Denn § 46 sagt nicht: Der „Täter", sondern »der Versuch« werde straflos"[2]). (Wenn Thomsen lehrt, daß der Versuch wieder „straflos werde", so ist das wohl so aufzufassen, daß der Versuch dann strafrechtlich für bedeutungslos erklärt werde.)

Wie gezeigt, läßt sich also aus dem Wortlaut kein Schluß auf das Wesen des Rücktritts ziehen[3]). Deshalb versucht ein anderer Teil der Schriftsteller, die dem Rücktritt die Wirkung eines Schuldausschließungsgrundes beimessen, ihre Ansicht aus im Wesen des Rücktritts und des Versuches liegenden Gründen zu beweisen, und zu diesem Zwecke sind eine Reihe von Theorien aufgestellt worden.

Als Vertreter der Annullationstheorie, wie Herzog sie genannt hat, seien Zachariä, Köstlin, und Berner genannt. „Gehen wir davon aus," sagt Zachariä[4]), „daß zur Strafbarkeit des Versuchs teils eine äußere, dem Gesetze widersprechende Tätigkeit, teils und hauptsächlich der auf Übertretung des Strafgesetzes gerichtete böse Wille erforderlich ist, daß also die bürgerliche Strafe des Versuchs durch die

1) Baumgarten, S. 459.

2) Thomsen, S. 181.

3) Ebensowenig aber läßt sich etwas aus einer anderen Gesetzesvorschrift schließen, namentlich aus § 50. Denn daraus, daß dort nur von Gründen die Rede ist, die die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, aber nicht von solchen, die sie ausschließen, darf nicht geschlossen werden, daß strafbefreiende persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse nun immer auch dem zugute kommen, bei dem sie nicht vorliegen.

4) Zachariä, II, S. 214.

zu einer Handlung erfolgte Vereinigung beider wesentlichen Erfordernisse bedingt wird, so muß notwendig die Strafe getilgt werden, sobald das eine oder andere dieser Requisite rückwärts annulliert wird. Hinsichtlich der äußeren Tätigkeit ist dies nun freilich unmöglich . . . . Anders dagegen ist es, wenn der Handelnde mitten auf der betretenen Bahn stehen bleibt und den seine gefährlichen Schritte leitenden Willen ändert oder aufgibt. Hier wird der vorhanden gewesene Wille rückwärts bedeutungslos."

Dieser von Zachariä begründeten Ansicht folgen Köstlin und Berner. Ersterer[1]) folgert daraus, daß das Verhältnis des Tatmoments zum Willensmoment darin besteht, daß letzteres im ersteren sich als das den Charakter des Tuns bestimmende Wesen reflektiert, daß dies Tun seinen Charakter als Versuch wieder verliert, sobald der Täter die das Wesen darin ausmachende Absicht freiwillig wieder aufgibt.

Und endlich Berner:[2]) „Wurde die Fortführung der Handlung freiwillig aufgegeben, so verliert die Handlung den Charakter des Versuchs. Der noch nicht verwirklichte Teil der Absicht ist aus der Außenwelt zurückgenommen worden. Und da dies freiwillig geschah, so bekundet sich in dem äußerlich Bewirkten ein nicht darüber hinausgehender realer Wille." Im einzelnen ist — von anderem abgesehen — gegen diese Begründungen der Annullationstheorie folgendes zu sagen. Ebenso wie ein Rückwärtsannullieren hinsichtlich der äußeren Tätigkeit — wie Zachariä selbst sagt — unmöglich ist, ist auch ein Nichtvorhandenmachen von Vorgängen seelischer Natur nicht denkbar. Beides gehört der Vergangenheit an und an etwas, was in der Vergangenheit liegt, läßt sich nichts ändern. Wenn der Handelnde auf der betretenen Bahn, auf die ihn sein verbrecherischer Wille geleitet hat, stehen bleibt, war sowohl ein Wille vorhanden,

[1]) Köstlin, S. 231.
[2]) Berner, S. 146.

der, um beim Bilde zu bleiben, den Handelnden auf den Weg führte, als auch der ihn objektivierende Erfolg, nämlich ein Fortschreiten auf der Bahn. Zachariä sagt allerdings der vorhanden gewesene Wille wird „rückwärts bedeutungslos“; er gebraucht aber offenbar diesen Ausdruck in demselben Sinne wie „annulliert“, denn sonst wäre es nicht einzusehen, weshalb eine „äußere Tätigkeit“ nicht ebenso bedeutungslos sein oder werden sollte als ein psychischer Vorgang. An und für sich ist ja ein Unterschied, ob man sagt, eine Tatsache ist annulliert oder sie ist bedeutungslos. „Annulliert“ bedeutet etwas Objektives, Abstraktes, während der Ausdruck „bedeutungslos“ der Ergänzung bedarf, nämlich für welches Subjekt (für das Gesetz, den Richter) die Tatsache bedeutungslos ist. Zachariä aber benützt beide Ausdrücke als gleichartig in dem angegebenen Sinne.

Auch Köstlins Folgerungen beweisen nichts. Zugegeben, daß das Willensmoment im Tatmoment sich reflektiert als das Wesen, das den Charakter des Tuns bestimmt, so folgt daraus, daß, wenn der Wille aufgegeben wird, abbricht, dem Tun, welches dann noch folgen würde (das läßt sich aber nicht vorstellen), der Charakter als Versuch fehlen würde, aber nicht, daß das der Unterbrechung vorhergehende Tun diesen Charakter wieder verliert, denn in den bereits vorliegenden Tatmomenten reflektiert sich der deliktische Wille.

Berners Begründung ist ebenfalls nicht überzeugend. „Der noch nicht verwirklichte Teil der Absicht ist aus der Außenwelt zurückgenommen worden.“ Eine Absicht verwirklichen heißt doch nichts anderes, als sie in die Außenwelt setzen, das Beabsichtigte ausführen. Eine Absicht, die noch gar nicht in die Außenwelt gelangt ist, kann doch nicht aus ihr herausgenommen werden, höchstens kann man darauf verzichten, sie in die Außenwelt treten zu lassen. Gegen die Annullationstheorie seien noch die Worte

Hälschners[1]) angeführt. Er geht davon aus, daß „in der Versuchshandlung nicht die verbrecherische Absicht an sich, sondern nur darum und insoweit bestraft wird, als sie sich vermittels der Handlung objektiviert hat, in erkennbarer Weise in die Erscheinung getreten ist.“ Daher „kann auch durch das freiwillige Abstehen des Täters von der Fortsetzung seiner Tätigkeit und der Vollendung der strafbaren Tat weder das Geschehene ungeschehen gemacht, noch ihm seine Bedeutung entzogen werden, Handlung zu sein, durch welche die verbrecherische Absicht zum Ausdruck, das verbrecherische Wollen zur, wenn auch unvollständigen, Verwirklichung gelangte.“

Der Theorie von der Annullation des dolus ähnelt die Ansicht Bindings, die sich als Theorie von der Annullation der Widerrechtlichkeit bezeichnen ließe. Nach ihm wurzelt die Straflosigkeit im Wegfall der Rechtswidrigkeit. Sie beruhe „darin[2]), daß, was zum Verbrechen geschah, ungeschehen gemacht wird“[3]). Der freiwillige Rücktritt hebt das Delikt auf, er gestaltet sich zu einer Resolutivbedingung für dasselbe.“ Daß die Strafbarkeit des Versuchs bedingt sein soll, erinnert an Herzogs Präsumptionstheorie. Diese Ansicht ist unhaltbar (s. o. w.) Früher meinte Binding, daß das RStGB. nicht auf diesem Standpunkt stände; seine Ansicht galt nicht de lege lata, aber an dieser Ansicht ist er seit der 6. Auflage seines Grundrisses irre geworden[4]). „Jetzt wolle es ihm scheinen, das Gesetzbuch wolle uns nicht zwingen, diese Auffassung zu verleugnen. Nur die Motive hegen diese Absicht.“ Dagegen sagt Schwab[5]) richtig: „Daraus, daß das Gesetz uns nicht zwingt, eine Ansicht zu

---

1) Hälschner, Bd. I, S. 360.
2) Binding, Normen II, S. 251.
3) Binding, Grundriß, S. 138.
4) Binding, l. c.
5) Schwab, S. 7.

verleugnen, m. a. W. daraus, daß eine Ansicht nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht unbedingt ausgeschlossen ist, folgt eben noch lange nicht, daß sie zwingend und allein richtig ist, und es ist damit jedenfalls noch nicht bewiesen, daß die entgegengesetzte Ansicht dem Gesetz widerspricht und falsch ist."

Im Anschluß hieran möge Kohlers Ansicht angeführt werden. „Der Rücktritt ist eine Löschung des durch den Versuch Gesetzten, eine Löschung, die deswegen möglich ist, weil das durch den Versuch Gesetzte nur problematisch gesetzt ist, und weil durch diesen Rücktritt zugleich bekundet wird, daß es dem Täter im richtigen Moment an der richtigen Energie fehlte, welche zur Durchführung nötig ist"[1]). Diese Ansicht (mit der Bindings) bildet den Übergang von der Annullations- zu der Präsumptionstheorie. Anulliert wird nach ihm das Gesetzte; dies sei möglich, da es nur problematisch gesetzt, bedingt gesetzt war. Der Ausdruck „problematisch gesetzt" ist nicht ohne weiteres verständlich. Ist es für den Täter problematisch, ob er vollenden wird oder nicht? Das ist gleichgültig, nicht dafür, was er sich gedacht hat, wird er bestraft, sondern dafür, was er getan hat. (vgl. auch Baumgarten, a. a. O., S. 431.) Das Gleiche gilt, wenn sich dieser Ausdruck auf die die Handlung Beurteilenden bezieht. Wahrscheinlich meint es Kohler so. Dann steht er wohl auf dem Boden der Präsumptionstheorie.

Diese wird vor allem von Herzog, aber auch von Lammasch und Klee vertreten. Ersterer deduziert die Straflosigkeit des Rücktritts aus dem Wesen des Versuchs im Gegensatz zu dem der strafbaren Handlung und versucht dann nachzuweisen, daß seine Ausführungen auch für das positive Recht gelten.

---

[1]) Kohler, Bd. I, S. 143.

Er geht aus von der Norm, durch deren Erlaß der Staat Übel verhindern will. Diese laute nicht: Du sollst nicht den Erfolg bewirken, sondern: Du sollst kein Verhalten einschlagen, von dem du den Eintritt jenes erwartest, bezw.: Du sollst kein derartiges Verhalten durchführen. Denn der Staat gebiete nicht dem Naturkausalismus, sondern nur über die gewaltunterworfenen Menschen habe er teilweise Macht, welche ihrerseits wiederum bis zu einem gewissen Grade Macht über das Eintreten äußerer Erfolge hätten; nur ein Verhalten vermöge der Mensch einzuschlagen, von welchem er die Veränderung in der Außenwelt, den Erfolg, erwarte. Demgegenüber ist zu sagen: In vielen Fällen führt die Tätigkeit so absolut sicher den Erfolg herbei, daß „ein Verhalten einschlagen" und „einen Erfolg bewirken" identisch ist; z. B. es beschimpft jemand in Gesellschaft dritter einen andern, es läßt jemand absichtlich ein ihm nicht gehöriges Gefäß aus dünnem Glas auf Steinfließen fallen, oder es berührt jemand eine Person unter 14 Jahren in unzüchtiger Weise; in allen diesen Fällen mußte irgend etwas durchaus Unerwartetes, Außergewöhnliches noch in dem Moment zwischen dem durchgeführten Verhalten und dem Eintritt des Erfolges geschehen, was die Kausalität des Erfolges von der Handlung unterbrechen würde (soweit es sich überhaupt denken läßt), beispielsweise der Täter vom Schlage gerührt werden. Das rechtfertigt wohl den Gesetzgeber, daß er die Norm in der Weise, wie sie erlassen ist, und nicht in der von Herzog behaupteten formuliert hat; denn daß Herzogs Formulierung der Norm zu mindesten de lege lata falsch ist, ergibt ein Vergleich der Konsequenz von Herzogs Ansicht mit den Vorschriften des positiven Rechts. A und B schießen mit Überlegung auf den C bezw. D, um ihn zu töten. A schießt daneben, B trifft den D tötlich. Beide haben ein Verhalten durchgeführt, von dem sie den Tod ihrer Opfer erwarteten, also

wäre A zu bestrafen wie B. Beide haben ja dieselbe Norm verletzt. Von Herzogs Standpunkt wäre es nicht notwendig, B's Strafe zu schärfen, die von A aber zu mildern. Nach positivem Recht aber wird B mit dem Tode, A eventuell nur mit drei Jahren Zuchthaus bestraft. Nach Herzog ist also die Norm verletzt, wenn der Täter sein Verhalten durchgeführt hat. Alles, „was vor jenem Momente liegt, ist nicht Normverletzung, also vom allgemeinen Standpunkte nicht strafbar"[1]). Es habe also der Versuch nicht die Eigenschaft einer strafbaren Handlung, da er einerseits nicht Normverletzung, andererseits nicht Schadenszufügung sei. Letzteres ist aber überhaupt kein Erfordernis eines Delikts; man denke an § 324; was ist da für ein Schaden zugefügt, wenn ich meinen Brunnen, aus dem auch andere Wasser zu nehmen gewohnt sind, vergifte, und bis zur Entdeckung noch niemand Wasser geschöpft hat! Ferner ist der Versuch Normverletzung, wie später bewiesen werden wird; daß die Norm, wie sie von Herzog formuliert ist, nicht verletzt wird, soll allerdings nicht bestritten werden. Was ferner seine Behauptung angeht: „Der Wille des Gesetzgebers, den Erfolg x zu verhindern, rechtfertigt nicht, daß er sämtliche Wege nach diesem Punkte verbiete," so ist zu sagen: der Gesetzgeber ist ist souverän, er kann tun, was ihm zur Repression des Übels erforderlich scheint. Wenn der Gesetzgeber nicht will, daß jemand in x ankommt, geht er sicherer, wenn er schon die Strecke wx (Versuch) für verboten erklärt, noch sicherer, wenn er dasselbe auch von vw (Vorbereitungshandlung) bestimmt. Wo er in den einzelnen Fällen die Grenze ziehen will, steht in seinem Ermessen[2]). Herzog leugnet also, daß der Versuch Norm-

---

[1]) Herzog, S. 171.

[2]) Verunglückt ist m. E. das zur Illustrierung seiner Ansicht von Herzog gebrauchte Beispiel: „Wenn jemand nicht will, daß ein Gefäß überlaufe, so ist es doch noch kein Grund, es überhaupt nicht zu füllen." Geschieht denn das Füllen zum Zwecke des Überlaufens?

verletzung ist. Da aber zur Begründung der Strafbarkeit ein Tatbestand, der faktisch eine Normverletzung enthält, nicht erforderlich sei, würde Strafe angedroht, aber aus praktischen Erwägungen. Der Rechtfertigungsgrund sei gewissermaßen die Überzeugung daß wir es mit einer wirklichen Verbrechenspotenz, „einer menschlichen Energie, welche ein Verbrechen bis zum Vollendungspunkt durchzuführen vermag,“ zu tun haben. Der Tatbestand des Versuchs erweckt den Glauben, daß eine derartige Vollendungspotenz vorliege; zwar beweisende Kraft habe der Versuch nicht, aber aus kriminalpolitischen Gründen sähe sich das Recht genötigt, ihn als erbracht anzusehen. Abgesehen davon, daß die Auffassung über den Inhalt der Norm nicht geteilt wird, auf der sich Herzogs Theorie aufbaut, ist zu sagen: „Wir dürfen keinen Menschen strafen, weil wir vermuten, er hätte mehr vollbracht, wenn er gekonnt hätte; wir dürfen ihn nur deswegen strafen, was er getan hat“ [1]).

Von seinem Standpunkt folgert Herzog[2]) richtig Straflosigkeit des Rücktritts, denn durch den Rücktritt muß der Gegenbeweis als erbracht angesehen werden, daß „keine Perfektionskraft vorhanden war.“ Erwägungen kriminalpolitischer Natur zwängen dazu. Für die tätige Reue gelte dann dasselbe; „der Unterschied sei nur ein formeller.“ Diese Auffassung habe für das geltende Reichsrecht volle Geltung; denn: der Inhalt der entwickelten Gedanken ließe sich auf doppeltem Wege formulieren, entweder könne bestimmt werden, daß nur derjenige Versuch strafbar sein solle, dessen Abbrechen nicht am Täter lag, oder daß der Versuch an sich strafbar sei, dagegen derjenige, dessen Abbrechen am Täter lag, straflos sein solle. Erstere Form sei im Preußischen Strafgesetzbuch gewählt. § 31 lautete dort: „Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche den

[1]) Heilborn, S. 119.
[2]) Vgl. auch Ötker, Zeitschr. Bd. 17, S. 68.

Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden ist, oder ohne Erfolg geblieben ist." Die andere Form habe das Reichsstrafgesetzbuch gewählt. Aus der abweichenden äußeren Formulierung könne unmöglich geschlossen werden, daß zwischen der Fassung der betreffenden Vorschrift des Preußischen Strafgesetzbuches und des RStGB. ein materieller Unterschied bestände. Vielmehr erkläre sich die abweichende Fassung als „ausschließlich aus prozessualischen Rücksichten geschehen," mit andern Worten, der aufgegebene Versuch sei also auch im geltenden Recht kein strafbarer Versuch.

Zum Beweise dieser Behauptung beruft Herzog sich auf den Wortlaut und auf die Entstehungsgeschichte. Bezüglich der Entstehungsgeschichte führt er aus, die Fassung des § 31 habe zu Unzuträglichkeiten geführt, namentlich bei den Schwurgerichten, indem die Geschworenen, falls ihnen nicht die nötige Rechtsbelehrung zuteil wurde, sich durch jenen Zusatz („nur durch äußere usw.") häufig beirren ließen. Allerdings seien die Mißlichkeiten durch die Schuld der das Gesetz handhabenden und nicht durch die des Gesetzes entstanden. Man habe aber trotzdem eine andere Formulierung gewünscht. Man habe sich wegen der Fassung gestritten, ohne an dem materiellen etwas ändern zu wollen. Es sei denn auch durch die Redaktion nur die Fassung geändert worden.

M. E. widerspricht diesem die Entstehungsgeschichte.

Im ersten Entwurf des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund fand sich keine Änderung; vielmehr lautete § 37: „Ein strafbarer Versuch liegt vor, wenn der Entschluß zur Verübung eines Verbrechens oder Vergehens nur durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert oder unterblieben ist." Im zweiten Entwurf dagegen war die jetzige Fassung gebraucht. Daraufhin wurde von den Abgeordneten Kirchmann und Genossen ein Abänderungs-

antrag eingebracht: „... im § 44 statt des 1. Absatzes zu setzen: ... (folgt die Fassung des Entwurfs 1).“ Ohne auf das, was in der Debatte über diesen Antrag gesprochen wurde, näher einzugehen, sei nur folgendes hervorgehoben. Selbst einer der Genossen Kirchmanns, Abgeordneter Meyer-Thorn, scheint der Ansicht gewesen zu sein, daß durch die Änderung in der Fassung das Wesen des Versuchs getroffen wäre. Dies ist aus der Wendung zu schließen: „— — es ist von Bedeutung, wenn dasjenige Moment, welches der Entwurf im § 44 Nr. 1 als Strafausschließungsgrund hinstellt, wenn dieses Moment wieder dahin gebracht wird, wo u. E. hin gehört, wenn es hingestellt wird als Erfordernis der Strafbarkeit.“ Offenbar meinte Meyer, in der neuen (und jetzt gültigen) Fassung sei Unfreiwilligkeit des Rücktritts nicht mehr Erfordernis der Strafbarkeit. Unzweideutig sind die Worte des Abgeordneten Schwarze: „Wenn z. B. der Dieb in das Haus eingestiegen ist, um dort zu stehlen, so werden Sie mit mir darin einverstanden sein, daß, wenn vollkommen konstatiert ist, daß der Angeklagte in der Absicht eingestiegen ist, um daselbst zu stehlen, er bereits eine strafbare Handlung begangen hat. Das wird in dem Antrage Kirchmann und Genossen geleugnet, die Herren sagen: „Nein, es muß noch dazu treten, daß, wenn der Täter die Handlung nicht fortgesetzt hat, er darin nur durch äußere, von seinem Willen unabhängige Umstände gehindert worden ist. Der Entwurf sagt dagegen, die Handlung ist strafbar, wenn der Dieb in das Haus gestiegen ist, um daselbst zu stehlen; wenn er dann aus Reue wieder zurückgekehrt, so will der § 44 ihm für diesen Fall Straflosigkeit zusichern.“ Dagegen polemisiert Herzog: auch Entwurf II sage ausdrücklich: „Der Versuch bleibt straflos, prädiziere die gleiche Auffassung.“ Das wäre ja richtig, wenn man sich auf den Wortlaut mit Sicherheit stützen könnte. Aber der Wortlaut schließt durchaus nicht „klar und deutlich die Auffassung aus, daß es sich

um einen gesetzlichen Begnadigungsgrund handle." Des weiteren hält Herzog das von Schwarze Vorgetragene für „seine unmaßgebliche Privatansicht." Hier zeigt sich Herzog inkonsequent. Sagt er doch wenige Seiten vorher (S. 205), daß „Schwarze seinen Einfluß in der bekannten Bundesrats-kommission, die zwischen den beiden Entwürfen lag, im Sinne der Trennung vermutlich geltend gemacht habe." Da liegt es doch nahe, daß auch die Kommission sich Schwarzes Privatansicht angeeignet habe. Ferner, worauf Brandis aufmerksam macht, widersprach auch der Justizminister Leonhardt nicht, der nach Schwarze sprach und erklärte, daß die Kommission den Gegenstand mit der allergrößten Sorgfalt behandelt habe. Endlich sei noch die Äußerung des Abgeordneten von Luck, eines prinzipiellen Anhängers des Antrages Kirchmanns, erwähnt. „Wenn wir jetzt die Abänderung vornehmen, — denn eine solche ist es, und zwar eine so schwere Abänderung, welche sich auf den ganzen Versuchsabschnitt bezieht . . ."

Aus den angeführten Äußerungen darf man wohl schließen, daß man darüber klar war, daß der Versuchsbegriff eine wichtige Änderung erfahren hatte, mag auch zugestanden werden, daß die Änderung aus prozessualen Rücksichten geschah, vielleicht auch ausschließlich aus solchen (anders Brandis[1])).

M. E. lag die Sache so, daß die Änderung das negative Tatbestandsmerkmal zunächst nur formell aufheben sollte, daß man aber einsah, daß es damit auch materiell beseitigt wurde. Man kann übrigens über die Entstehungsgeschichte denken, wie man will, sicher sind die aus ihr geschlossenen Schlüsse nicht, worauf auch Meves[2]) hinweist. Sie spricht aber nicht für Herzogs Ansicht, sondern für die entgegengesetzte.

Soviel bestechendes die Ausführungen Herzogs auch haben, einen Beweis für die Richtigkeit seiner Behauptung,

---

[1]) Brandis S. 13.

[2]) Meves in Goltdammers Archiv S. 401.

der Rücktritt sei ein Schuldausschließungsgrund, hat er nicht erbracht; die Präsumptionstheorie ist dogmatisch unhaltbar.

An die Präsumptionstheorie läßt sich anreihen die Ansicht Ötkers[1]: „Die Straflosigkeit auf Grund des Rücktritts sei nicht nur kriminalpolitischer Natur, sondern auch dogmatisch begründet.“ Man könnte sie Unselbständigkeitstheorie nennen: nur als etwas Unselbständiges, als „Teil“, aber nicht als Einzelhandlung ist die Versuchshandlung verboten. „Somit fällt der Versuchsbegriff, wenn der Täter die zum Schlage erhobene Hand wieder sinken läßt und somit den Einzelakt aus dem Zusammenhange löst, der ihm allein den Deliktscharakter verleihen könnte.“ Ob danach eine Handlung Teil einer Einheit oder Einzelhandlung ist, läßt sich erst nach Aufhören der Tätigkeit des Täters beurteilen. Tritt er freiwillig zurück, so ist die Handlung Einzelhandlung gewesen, wird er unterbrochen, so liegt ein Bruchstück, ein Teil vor, mit andern Worten: Ötker verlangt, daß in den Tatbestand des Versuchs Unfreiwilligkeit des Rücktritts als Merkmal aufgenommen werde (er redet de lege ferenda). Seine Ansicht ist aber abzulehnen, einmal wird prinzipiell die Ansicht über die Strafbarkeit des Versuchs nicht geteilt, und dann würde sich daraus die unerträgliche Konsequenz ergeben, daß bei jedem, der beim Versuch ertappt wird, festgestellt werden müßte, daß er nicht vor der Vollendung zurückgetreten wäre, sonst würde leicht ein Teil (der Versuch bis zur Entdeckung) der Einheit (des Versuchs bis zum Rücktritt) bestraft werden, während die Einheit straffrei bliebe.

Im Gegensatz zu der Annullationstheorie, die zwar das Vorhandensein des dolus nicht leugnet, sondern nur behauptet, er würde rückwärts, nachträglich, wieder aus der Welt geschafft, stehen diejenigen, nach denen ein dolus nicht

[1] Ötker, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 17, S. 68.

in der erforderlichen Stärke oder Form bei Rücktritt vorhanden sei. Die erstere Ansicht, die „Infirmitätstheorie" vertritt Schwarze.[1]) „In dem Abstehen wird sich, in der Regel wenigstens, die Tatsache kundgeben, daß der böse Wille nicht ein sehr beharrlicher gewesen ist." Trotz des nicht sehr beharrlichen bösen Willens war doch ein Zustand der Gefährdung eines Rechtsgutes geschaffen, z. B. A setzt dem B vergifteten Wein vor — und andererseits war in der bereits erfolgten Versuchshandlung der böse Wille objektiviert. Gegen diese Theorie, auf deren Boden auch Mittermaier steht, und die auch von Kohler a. a. O. angezogen worden ist, wird mit Recht gern das Wort ihres Hauptvertreters, Schwarze, angeführt: „Ein beharrlicher böser Wille ist nirgends als Kriterium der Strafbarkeit in den Gesetzen aufgestellt worden"[2]).

An Schwarzes Ansicht anschließend läßt sich die Nullitätstheorie Ludens behandeln. Während Schwarze nur von einem nicht beharrlichen Willen redet, gibt Luden an, welche Willenspotenz seiner Ansicht nach zur Strafbarkeit nötig sei: es sei nämlich der Wille der Vollendung erforderlich.[3]) Bei Rücktritt „liegt im rechtlichen Sinne noch gar keine Handlung vor, welche mit dem Willen der Vollendung begangen gewesen wäre. Zwar ist es richtig, das der Täter, ehe er seine verbrecherische Tätigkeit abbrach, bereits mit dem Willen der Vollendung gehandelt hatte; aber dieses Handeln kann nicht als ein selbständiges angesehen werden, welches abgesondert von dem Abbrechen der verbrecherischen Tätigkeit in Betracht kommen konnte; denn die ganze verbrecherische Tätigkeit ist von ihrem Beginne bis zu ihrer Beendigung eine einzige, ungeteilte Handlung. Sie kann zwar in einzelne Akte zerlegt werden, aber sie ist

[1]) Schwarze, in Holtzendorffs Handbuch, Bd. II, S. 305.
[2]) Schwarze, in Goltdammers Archiv, Bd. II, S. 433.
[3]) Luden, Teil I, S. 420.

dessenungeachtet nur eine einzige Handlung, deren Einheit dadurch begründet ist, daß diese Akte aus dem einen ungeteilten Willen der Vollendung hervorgegangen sind." Also ehe der Täter zurücktrat, hatte er mit dem ungeteilten Willen der Vollendung gehandelt, sämtliche Akte sind aus ihm hervorgegangen, also auch der Rücktritt. Ein derartiger logischer Fehler richtet die ganze Theorie (gegen Luden auch Herzog S. 152 ff.).

§ 3.

2a. Ist der Rücktritt ein Strafausschließungsgrund mit objektiver Wirkung?

Nach der Auffassung über das Wesen des Schuld- und des Strafausschließungsgrundes, wie sie in der Einleitung dargetan worden ist, steht dem objektiv wirkenden Schuldausschließungsgrund der subjektiv wirkende Strafausschließungsgrund entgegen. Es ist daher die Ansicht, die vor allem Olshausen bei Beantwortung der Frage nach dem Wesen des Rücktritts vertritt, auffällig. Auch er gehört zu denjenigen, die die Straflosigkeit des Teilnehmers eintreten lassen wollen und diese Ansicht auf den Wortlaut des Gesetzes stützen. Aber seine Stellung ist insofern eine andere, als er zwar zugesteht, daß es sich um Strafaufhebungsgründe handelt, aber behauptet, daß dies der objektiven Wirkung der in diesem Paragraphen gedachten Gründe nicht entgegenstehe[1]). „Es sei lediglich Sache des Gesetzgebers, den Umfang der Wirkung zu bestimmen, in klaren Worten spreche das Gesetz aus, daß die Tatsache straflos sein soll." Mit der Berufung auf den Wortlaut wird nichts bewiesen. Im übrigen meint also Olshausen, schuldig sind alle, Täter wie Teilnehmer. Der Rücktritt wirke als Strafaufhebungsgrund für alle Beteiligten. Einen

[1]) Olshausen, zu § 46, Nr. 2.

inneren Grund für seine Behauptung führt Olshausen nicht an; denn damit, daß er erklärt, die in § 46 gegebene Wirkung sei eine natürliche Konsequenz der Abhängigkeit aller Teilnehmer von der vorschreitenden oder rückschreitenden Tätigkeit des Täters, ist noch nichts bewiesen.

Es würde demnach eine Überspannung des Begriffs der akzessorischen Natur der Teilnahme sein, wollte man mit Olshausen verlangen, daß mit der Aufhebung der Strafe auch die Teilnehmer befreit werden. Ihre Strafe ist verwirkt wie die des Täters; diese aber wird kraft positiver Bestimmung aufgehoben, jene nicht, oder wenigstens darf man es nicht aus dem Wortlaut folgern wollen. Wäre der Wortlaut unzweideutig, so wie Olshausen meint, so könnte man daraus auf eine derartige Stärke der akzessorischen Natur schließen, nicht kann man aber umgekehrt eine derartige Behauptung aufstellen und diese sodann zur Interpretation benutzen.

Meyer scheint derselben Ansicht wie Olshausen zu sein. „Eine Besonderheit des Versuches ist, daß dem freiwilligen Rücktritt strafausschließende Wirkung erteilt ist, sei es, daß das Verhindertsein durch äußere Umstände zu einem Merkmale des Versuchs gemacht ist (positive Behandlung), oder einen Strafausschließungsgrund bildet (negative Behandlung)"[1]. Da für das Reichsstrafgesetzbuch unzweifelhaft letzteres gilt, ist wohl anzunehmen, daß Meyer den Rücktritt für einen Strafausschließungsgrund hält. Später aber sagt er: „Dem freiwilligen Rücktritt ist eine Rückwirkung auf die Strafbarkeit des Teilnehmers zuzuschreiben, da mit der nachträglichen Strafbarkeit der Tat selbst auch die Strafbarkeit der geleisteten Teilnahme hinwegfällt"[2]. Also auch Meyer meint: der Rücktritt ändere nichts an dem Wesen des Versuchs als strafbarer Handlung. Er

[1]) Meyer, S. 212.
[2]) Meyer, S. 227.

hebe nur die Strafe, und zwar die aller Beteiligter, auf, auch der nicht zurücktretenden. Eine Begründung dafür gibt er nicht. Seine Ansicht beruht wahrscheinlich auf einer Verkennung des Wesens der Teilnahme. Es gilt für ihn dasselbe wie für Olshausen.

§ 4.

2b. Ist der Rücktritt Strafausschließungsgrund mit subjektiver Wirkung?

Die überwiegende Mehrzahl der Vertreter der Ansicht, der Rücktritt sei Strafausschließungsgrund, steht im Gegensatz zu den beiden Angeführten auf dem Standpunkt, daß der Strafaufhebungsgrund nur dem zurücktretenden Täter zugute kommt. Diese Ansicht ist die richtige; es soll versucht werden, den Nachweis ihrer Richtigkeit zu erbringen.

Die Schriftsteller, die auf demselben Standpunkte stehen, sind jedoch in einer Hinsicht verschiedener Ansicht: die einen wollen den Täter aus Billigkeitsrücksichten, die anderen aus kriminalpolitischen Rücksichten straflos lassen.

Zu den ersten gehören u. a.: Schütze, Baumgarten, Geyer und früher auch Meyer.

Schütze[1]) sagt: „Wenn das positive Strafrecht den Grundsatz aufstellt, daß freiwilliges Abstehen von der Fortsetzung der Versuchstätigkeit, bezw. freiwilliges Verhindern des Erfolges nach abgeschlossener verbrecherischer Handlung den bereits geschehenen Versuch straflos machen soll, so ruht dies lediglich auf Billigkeit, welche anstatt der außerordentlichen Hilfe durch Begnadigung einen ordentlichen Strafausschließungsgrund gestaltet". (Ähnlich Baumgarten[2]), der sich Schwarzes Worte bedient). „Nicht streng rechtlich, sondern billig ist es, den Schuldigen von der Strafe zu

---

[1]) Schütze, S. 140.
[2]) Baumgarten, S. 269.

verschonen (exkusieren), der angesichts möglicher Vollendung den Entschluß der Nichtvollendung gefaßt, sich selbst bezwungen hat."

Der Grund, aus dem manche Schriftsteller aus Billigkeitsgründen Straflosigkeit verlangen, scheint hauptsächlich der zu sein, daß sie leugnen, daß Gründe kriminalpolitischer Natur die Straffreiheit rechtfertigen. Vor allem bestreiten Geyer und Schütze, daß eine den Rücktritt für straflos erklärende Vorschrift kriminalpolitisch begründet sei; ja, sie behaupten, daß sie geeignet sei, das entgegengesetzte Resultat zu erreichen. Dagegen ist eingewendet worden, daß die Straflosigkeit des Versuches bei Rücktritt in den seltensten Fällen das Motiv bilden werde, welches den Täter zum Beginn der strafbaren Handlung anreizen würde. Die Gefahr ist doch für den Täter zu groß (worauf auch Italiener, S. 25, hinweist), daß er vor Beginn des Rücktritts abgefaßt wird, als daß er im Hinblick auf die dem Rücktretenden vergönnte Straffreiheit die Handlung beginnen sollte. (Gegen die Ansicht Schützes und Geyers auch die Judikatur des Reichsgerichts, Band 16, S. 133).

Die herrschende Ansicht sieht die Straflosigkeit als aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus begründet und gerechtfertigt an. „Der für (die bezeichneten) Fälle in Aussicht gestellte Erlaß der Strafe hat den Charakter einer Prämie für das Abstehen von der Vollendung bezw. deren Hinderung, dient also einem Präventivzweck"[1]). Dieselbe Ansicht liegt der Liszt'schen Theorie von der goldenen Brücke zu Grunde. Endlich sei noch Meves erwähnt, der sich äußert: „Wenn das Gesetz . . . . den freiwilligen Rücktritt berücksichtigt und ihm Straflosigkeit verheißt, so muß man doch den Willen des Gesetzgebers und die Tendenz seiner Anordnung darin erblicken, daß er den Eintritt einer

[1]) Merkel, S. 135.

Willensänderung in dem Verbrecher begünstigen und befördern will." Auch die Judikatur des Reichsgerichts schließt sich dieser Meinung an (z. B. Bd. 14, S. 23, Bd. 16, S. 348.)

Zum Schlusse der Übersicht über die in der Literatur vertretenen Ansichten sind noch diejenigen zu erwähnen, die, wie Herzog sagt, „sich auf den Standpunkt der rein negativen stellen", die wie John, Hepp u. a. behaupten, es gäbe überhaupt keinen Grund für den Eintritt der Straflosigkeit. Da aber der Rücktritt nun einmal Straffreiheit bewirkt und es sich darum handelt, den Grund dieser Tatsache festzustellen, ist an dieser Stelle nicht auf die Ausführung der erwähnten Schriftsteller einzugehen.

B. Nachweis der lediglich strafausschließenden Wirkung des Rücktritts.

§ 5.

1. Der Rücktritt ist kein „negatives Tatbestandsmerkmal" des Versuchs im Reichsrecht.

Die Kritik der Begründungen, auf welche die Ansicht, der Rücktritt wirke absolut strafaufhebend, von ihren Anhängern gestützt wird, erbringt einen negativen Beweis dafür, daß der Rücktritt ein Strafaufhebungsgrund in dem vorgeschlagenen Sinne ist. Einen affirmativen Beweis liefert eine Untersuchung über das Wesen des Versuchs und des Rücktritts.

§ 43 RStGB. bestimmt inhaltlich: der Versuch (aller Verbrechen und eines Teiles der Vergehen) wird bestraft; und

§ 46: Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter zurücktritt.

Wie gezeigt, kann dem Wortlaut des § 46 durchaus kein Einfluß auf die Beantwortung der Fragen eingeräumt werden.

Bewirkt der Rücktritt, daß die Versuchshandlung überhaupt nicht den Charakter als strafbaren Versuch erlangt hat, oder nimmt er ihr wieder diesen Charakter, oder aber hat er auf das Wesen der Versuchshandlung überhaupt keinen Einfluß, sondern gibt er nur die Voraussetzung einer Befreiung von der verwirkten Strafe?

Diese Fragen lassen sich nur beantworten, wenn man sich über das Wesen des Versuchs klar ist, wenn man den Versuch betrachtet als das, was er ist, nämlich als strafbare Handlung. Meines Erachtens ist es lediglich aus gesetzestechnischen Gründen vermieden worden, versuchten Mord, versuchten Diebstahl als besondere Delikte aufzuführen, sondern es ist vielmehr allgemein gesagt worden, was Versuch ist, und bestimmt worden, daß einzelne Delikte schon im „Stadium des Versuchs" bestraft werden.

Soll ein Delikt für vorliegend erachtet werden, so müssen seine Tatbestandsmerkmale sämtlich erfüllt sein. Ist der Versuch ein Delikt — und dies wird noch nachgewiesen werden — so muß dies auch für den Versuch zutreffen. Hat nun der Rückblick die Wirkung, daß ein Tatbestandsmerkmal des Versuches fehlt? Ohne Zweifel wäre dies (wenigstens nach positivem Recht, dogmatisch allerdings auch hier unhaltbar) der Fall, wenn, wie dies für das preußische StGB. vom 14. April 1851 zutraf, Unfreiwilligkeit des Rücktritts Tatbestandsmerkmal des Versuchs war. Nach diesem Gesetz war infolgedessen ohne Zweifel ein Versuch, von dem man freiwillig, nicht „gehindert durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände" zurücktrat, überhaupt kein Versuch von strafrechtlicher Bedeutung mehr. Nun ist zwar auch für das RStGB. behauptet worden, was für das preußische Gesetz galt. So namentlich von Rubo und Herzog; von ersterem lediglich unter Berufung auf den Wortlaut, von letzterem auch unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte. Beide Ansichten wurden bereits gewürdigt.

Für den Versuch im Reichsrecht ist die Unfreiwilligkeit des Rücktritts, wie bei Besprechung der Präsumptionstheorie dargetan, nicht Tatbestandsmerkmal des Versuchs. Es folgt daraus, daß das Delikt „Versuch“ ohne Rücksicht auf den Rücktritt gegeben ist, wenn die übrigen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.

2. Der Rücktritt kann kein „negatives Tatbestandsmerkmal“ des Versuchs sein.

a) Der Versuch als Delikt.

§ 6.

α Verletzungs- und Gefährdungsdelikt.

Wenn im geltenden Reichsrecht Unfreiwilligkeit des Rücktritts nicht negatives Tatbestandsmerkmal des Versuchs ist, so steht dies damit im Einklang, daß es unmöglich ist, dem Rücktritt die Wirkung einzuräumen, daß er den Versuch als Delikt tilgt.

Der Versuch ist ein Delikt, eine Handlung oder ein Verhalten, das mit Strafe bedroht ist; eine Handlung, deren Durchführung (Betätigung des verbrecherischen Entschlusses) den Handelnden in einen rechtlich anormalen Zustand und den Staat in die Notwendigkeit versetzt, sein Strafrecht auszuüben.

Der Staat aber übt sein Strafrecht aus, nicht um seine Gewaltunterworfenen zum Gehorsam zu erziehen, sondern um etwas Negatives zu erreichen: er will verhüten, daß Güter und Interessen, die er seines Schutzes für würdig erachtet, verletzt werden. Der Erfolg ist es, auf den es ankommt, nicht der Wille. (Schon hier möge auf das später benutzte Beispiel hingewiesen werden: Mord wird mit dem Tode, Mordversuch eventuell mit 3 Jahren Zuchthaus bestraft; mag der Wille und seine Betätigung auch in beiden Fällen gleichwertig gewesen sein.

Um den angedeuteten Zweck zu erreichen, erläßt der Staat ein Verbot, eine Norm, und „sanktioniert“ sie durch die Strafe, d. h.: ist das durch die Norm verbotene Verhalten vom Täter durchgeführt, so ist mit diesem Augenblick die Strafe verwirkt, d. h. durch dies Verhalten hat sich der Täter in einen anormalen Zustand versetzt, der erst durch die Sühne (oder ihre Surrogate) beseitigt wird. Zuwiderhandeln wider die Norm ist demnach dasselbe wie strafbare Handlung.

Durch die Verkündung der Norm soll die Verletzung gewisser Güter verhindert werden. Nun können Verletzungen einzelner Güter z. B. des Lebens, des Vermögens sowohl durch menschliche Tätigkeit als auch durch von menschlichem Handeln (oder Verhalten) unabhängigen Ereignissen verursacht werden. Jede Verletzung, auch wenn menschliche Tätigkeit sie mitverursacht, stellt sich dar als Wirkung verschiedener Ursachen, deren jede wiederum als Wirkung anderer Ursachen anzusehen ist. Demnach läßt sich jede Verletzung — wie jede Wirkung — etwa als Schnittpunkt der als Linien gedachten auf sie hinwirkenden Kausalreihen vorstellen. Nur wenn menschliche Tätigkeit auf eine der Kausalreihen von Einfluß ist, eine, vielleicht die wirksamste Bedingung für den Eintritt des Erfolges, der Verletzung, setzt, ist die Verletzung des Rechtsgutes auch eine Verletzung der Norm, die sich selbstredend nur an mit Vernunft begabte Wesen richten kann.

Dabei ist nicht zu übersehen: nur wenn jemand schuldhaft, das ist: das Eintreten des Erfolges voraussehend oder zum mindesten voraussehen könnend, oder negativ: nicht als totes Glied der Kausalkette, dessen Willen in keiner Beziehung zum Erfolge steht, eine Verletzung herbeiführt, verstößt er wider die Norm.

Da durch den Erlaß der Norm und die Androhung von Strafe Verletzungen von Rechtsgütern durch menschliche Tätigkeit verhindert werden sollen, so hat die Norm den

Zweck, auf den Willen, der als Ursache einer zu verhindernden Wirkung in Frage kommt, bestimmend einzuwirken. Daraus darf man aber nicht, wie es Herzog a. a. O. tut, schließen, das in der Norm enthaltene Verbot laute: „Du sollst kein Verhalten einschlagen, von dem du den Eintritt des Erfolges erwartest," bezw.: „Du sollst ein derartiges Verhalten nicht durchführen", (vgl. das bei Besprechung der Präsumptionstheorie, S. 16 ff., gesagte.) Nach richtiger Ansicht ist das objektive Moment, die Verletzung wesentlich. Hat jemand auch die bestimmte Absicht, einen anderen zu ermorden, und diesen Entschluß auch durch Handlungen, welche den Anfang der Ausführung dieses Verbrechens enthielten, betätigt, und ist nur durch äußere Umstände der Erfolg nicht eingetreten, so ist trotz der Beschaffenheit des Willens ein Zuwiderhandeln gegen die Norm: „Du sollst nicht töten" nicht gegeben. (Wohl aber ein Verfehlen wider eine andere Norm, s. v. w.) Der Inhalt der Norm ist also: Du sollst nicht dieses oder jenes Rechtsgut verletzen" oder „Du sollst nicht diesen oder jenen Erfolg herbeiführen."

Der Erfolg ist also das Wesentliche; er soll dadurch, daß die Norm auf den Willen bestimmend wirkt, verhindert werden. Tritt der Erfolg aber ein, so wird der Täter deswegen, nicht wegen seines bösen Willens, des inneren Vorgangs wegen, auf den man lediglich durch die zu Tage getretene Betätigung Rückschlüsse machen kann, bestraft. Diese Behauptung bleibt so lange unstreitbar, als der beendete Versuch, das délit manqué, milder bestraft wird als das vollendete Verbrechen. Sie wird bestätigt durch die Tatsache, daß für die Zuwiderhandlungen gegen die einzelnen Normen Strafen von so außerordentlich verschiedener Schwere angedroht sind, sodaß der Grad der Bewertung des zu schützenden Rechtsgutes sich aus der auf seine Verletzung gesetzten Strafe ersehen läßt. Gerade diese Tatsache bestätigt die Richtigkeit der Behauptung, des Erfolges wegen werde das Delikt be-

straft. Allerdings kann auch vom Standpunkt einer subjektiven Theorie die Verschiedenheit in der Schwere der angedrohten Strafe erklärt werden. (Anders Klee, Wille und Erfolg, S. 58). Aber die Erklärung, die Höhe der Strafe richte sich nach dem Werte des verletzten Rechtsgutes, ist einfacher und einleuchtender, als wenn angenommen wird, sie richte sich nach der Schwere der Pflichtverletzung, die wiederum aus der Höhe der angedrohten Strafe zu schließen sei[1]. Nach allem diesem läßt sich als Begriffsbestimmung des Delikts geben: ein Zuwiderhandeln wider die Norm, durch welches der durch die Norm zu verhütende Erfolg eintritt, durch welches andererseits der Handelnde straffällig wird. Daraus folgt, daß — ist einmal wider die Norm gehandelt — durch nichts mehr die Tatsache aus der Welt geschafft werden kann, daß die Strafe verwirkt ist. Wohl aber kann eine Befreiung von der verwirkten Strafe in verschiedener Art und Weise eintreten. Ist der Versuch ein Delikt, so muß dies auch für ihn zutreffen. Der Versuch unterscheidet sich von dem vollendeten Delikt dadurch, daß der Erfolg nicht eingetreten ist. Nun ist gesagt worden, daß der Erfolg das Wesentliche, allein Maßgebliche ist. Demnach dürfte der Versuch überhaupt nicht gestraft werden, wenn nicht als zu verhindernder Erfolg neben der Verletzung die Gefährdung bestände.

So aber gibt es neben den Verletzungsdelikten auch Gefährdungsdelikte, zu denen auch die meisten Übertretungen des Reichsstrafgesetzbuches (sogenannte Ungehorsamsdelikte) gehören.

Mit dem Erlaß einer Norm, die den verletzenden Erfolg direkt verhindern soll, begnügt sich der Staat nicht. Eine Reihe von Verletzungen von Rechtsgütern erscheint ihm der-

---

[1]) Ohne näher darauf eingehen zu können, sei nur darauf hingewiesen, daß die verschiedene Strafandrohung bei Mord und bei Totschlag nur scheinbar im Widerspruch mit dem Gesagten steht.

artig unerwünscht, daß er nicht nur das Herbeiführen der Verletzung verbietet, sondern schon das Herbeiführen eines Zustandes, der zu der Besorgnis Anlaß gibt, daß eine Verletzung eintreten werde, nämlich der Gefahr. Gefahr ist die Wahrscheinlichkeit, daß die Verletzung eintritt. Tritt der schädigende Erfolg x mit dem Zusammentreffen der Kausalreihen a, b, c, d, e ein, so liegt Gefahr vor, wenn z. B. a, b, c zusammentreffen. Z. B.: die Feldscheune des A verbrannte, weil B ihm gehöriges Gestrüpp, das sich unfern der Scheune befand (a), anzündete (b), der Wind nach der Scheune zu ging (c), Funken hinüberflogen (d) und die Erntevorräte ausgedörrt waren (e). Gefahr lag vor beim Zusammentreffen von a und b, sie wurde größer, je mehr der bezeichneten Reihen zusammen kamen. Während das Herbeiführen des Erfolges x (daß die Scheune abbrennt) verboten ist durch die Norm: „Du sollst Vorräte von landwirtschaftlichen Erzeugnissen nicht in Brand setzen", ist das Herbeiführen der Erfolge y, y^1, y^2 — Schnittpunkte von ab, abc, abcd — verboten durch die Norm: „Du sollst dein Eigentum nicht in Brand setzen, wenn es seiner Beschaffenheit und Lage nach geeignet ist, das Feuer fremdem Eigentum mitzuteilen." Beim Zuwiderhandeln gegen die erste Norm ist ein Verletzungsdelikt, bei Zuwiderhandeln gegen die letztere ein Gefährdungsdelikt gegeben. Auch hier ist es der Erfolg, der verhütet werden soll, der Erfolg, der darin besteht, daß ein Zustand der Gefahr herbeigeführt wird. Ist dieser Zustand herbeigeführt, so ist die Norm verletzt und die Strafe verwirkt — ohne Rücksicht darauf, daß später eine Verletzung eintritt oder nicht. Es paßt daher die aufgestellte Begriffsbestimmung des Delikts auch auf das Gefährdungsdelikt.

§ 7.

β) Der Versuch als Gefährdungsdelikt.

Mit dem Gefährdungsdelikt hat der Versuch etwas Negatives gemein: das strafbare Handeln bewirkt keine Verletzung; man müßte denn als solche die alarme jetée dans la société erblicken. Es fragt sich nunmehr: welcher Art ist der Erfolg, den die Versuchshandlung herbeiführt?

Der Erfolg stellt sich nicht dar als Verletzung, wohl aber steht er in Beziehung zu einer möglichen Verletzung, insofern — objektiv betrachtet — die verbrecherische Tätigkeit im Stadium des Versuchs befürchten läßt, daß die Verletzung herbeigeführt werden wird. Es wird also wiederum ein Zustand geschaffen, „in welchem unter den gegebenen und im Augenblick der Willensbetätigung entweder allgemein erkennbaren oder aber nur dem Täter bekannten Umständen nach unbefangenem Urteile die nahe Möglichkeit (Wahrscheinlichkeit) und damit die begründete Besorgnis gegeben ist, daß der Eintritt der Verletzung erfolgen werde“[1]) — also wiederum der Zustand der Gefahr.

Ein Unterschied scheint aber zu bestehen zwischen dem durch Gefährdungsdelikt und der durch die Versuchshandlung geschaffenen Zustand der Gefahr. Im allgemeinen wird man beobachten, daß im Stadium des Versuchs es in der Hand des Täters bleibt, ob aus der Wahrscheinlichkeit Wirklichkeit werden soll, während beim Gefährdungsdelikt der Täter nicht mehr Herr der Lage ist, wenn der Erfolg — die Gefahr — infolge der vollständigen Erfüllung der auf ihn gerichteten Willensbetätigung eingetreten ist. Ist ein Gefährdungsdelikt verübt worden und der Erfolg, die Gefahr, eingetreten, so bedarf es keiner weiteren Tätigkeit des Täters dazu, daß das gefährdete Rechtsgut verletzt wird. Während also beim Gefährdungsdelikt der eigentlich zu verhütende

---

[1]) Liszt, § 28,2.

Erfolg E II (die Verletzung) sich, wie zu befürchten steht, durch Naturkausalismus aus dem Erfolg E I (der durch die auf das Gefährdungsdelikt bezügliche Norm verhindert werden soll) entwickelt, liegt beim Versuch das Eintreten des Erfolges der Regel nach wenigstens in den Händen des Täters und ist von seiner weiteren Tätigkeit abhängig. Im ersten Falle dagegen liegt eine Gefährdung abstrakt vor, abstrahiert von der Tätigkeit des Handelnden.

Trotzdem besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen dem Erfolge des Gefährdungsdelikts und dem des Versuchs. Das geht zunächst daraus hervor, daß in vielen Fällen ein Unterschied des durch ein Gefährdungsdelikt herbeigeführten Zustandes von dem durch eine Versuchshandlung geschaffenen völlig verschwindet.

An Hand eines Beispieles läßt es sich nachweisen. Nach § 324 StGB. wird bestaft, wer Brunnen oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche anderer dienen, vergiftet. Ist das Gift hineingeschüttet, besteht die Gefahr, daß aus dem Brunnen oder Wasserbehälter Trinkende ums Leben kommen. Vertauscht dagegen jemand die Arznei seines Feindes mit Gift, in der Voraussicht, daß dieser es nicht merken wird, so liegt Mordversuch vor. Auch hier besteht Gefahr, daß der Kranke tatsächlich das Gift an Stelle der Arznei nimmt und so ums Leben kommt. In beiden Fällen aber kann die Verletzung des Lebens oder der Gesundheit durch den Täter verhindert werden. Aber ebenso können in beiden Fällen Ereignisse eintreten, die es dem Täter unmöglich machen, das Eintreten der Verletzung zu verhindern. Und gerade in so einem Fall liegt hier wie dort ein Zustand von Gefährdung vor, der rein objektiv, von dem Willen und der Willensbetätigung des Täters gänzlich unabhängig ist. Nehmen wir an, in dem gewählten Beispiele würden die Täter plötzlich außer Stande gesetzt, ihren Einfluß in vor- oder rückschreitender Beziehung auszuüben, und zwar der

Täter im ersten Falle, nachdem er das Gift in den Brunnen geschüttet hat — was er selbstredend nur als Mittel zum Zweck tat — und im zweiten Falle, nachdem er sich bemüht hat, den Kranken zum Einnehmen der Arznei zu bewegen, und die Arznei mit dem Gifte vertauscht hat. Es ist dann im zweiten Falle die Tätigkeit im Stadium des unbeendeten Versuchs stehen geblieben, wenn der Täter in der Absicht weggegangen ist, später wieder zu kommen und seine Bemühungen fortzusetzen. Also hier ist durch das Gefährdungsdelikt wie durch den Versuch (sogar mit unbeendeter Ausführungshandlung) ein Zustand rein objektiver Gefahr geschaffen. In diesem Beispiel tritt die Gleichheit des Erfolges, den Gefährdungsdelikt und Versuch haben, sowie der durch die Versuchshandlung verursachte Zustand objektiver Gefahr besonders stark zu Tage. Aber ohne einen Fehler zu machen, darf man sagen, daß bei jeder Versuchshandlung objektiv Gefahr geschaffen ist.

Ohne weiteres ist dies bei dem Versuch mit beendeter Ausführungshandlung ersichtlich. Denn zwischen dem Augenblick der beendeten Ausführungshandlung und dem, in dem es sich entscheidet, ob der Erfolg eintritt oder das Verbrechen fehlgeschlagen ist, liegt ein Zeitraum, in dem es möglich oder wahrscheinlich ist, daß der Erfolg eintritt; es besteht also Gefahr. Auch in vielen Fällen des Versuchs mit unbeendeter Ausführungshandlung besteht die Möglichkeit, daß eine Verletzung eintritt, wenn der Täter verhindert wird, seine Tätigkeit in vor- oder rückschreitender Beziehung auszuüben, wie das Beispiel dargetan hat.

Endlich wird stets durch den Versuch Gefahr geschaffen, indem die Versuchshandlung auf den Willen des Täters antreibend wirkt. Denn die Versuchshandlung besteht in einem Hinwirken auf den Erfolg, in einem Wegräumen von Hindernissen, die ihm entgegenstehen. Je weniger Hindernisse dem Willen — der Täter handelt auch im Stadium des

Versuchs mit dem Willen der Vollendung — entgegenstehen, desto leichter wird er sich durchsetzen. Mit der fortschreitenden Tätigkeit des Täters erhöht sich demnach seine Willensenergie, so daß der bereits geschaffene Zustand auf den Täter vorwärtstreibend wirkt. Etwas ähnliches meint wohl auch schon Feuerbach, wenn er von einer „bewiesenen Neigung zur Tat", die ihm „leicht über den Kopf wachsen und morgen deu Mut zur Ausführung geben kann", spricht.

Daß durch die Versuchshandlung ein Zustand objektiver Gefahr geschaffen werde, wird von Schriftstellern, die eine subjektive Versuchstheorie vertreten, geleugnet, so von Hälschner.[1] „Die Versuchshandlung erweist sich dadurch, daß sie nicht zur Vollendung führte, als ungefährliche." Von rückwärts gesehen hat die Versuchshandlung allerdings nicht den Erfolg gehabt, sonst wäre sie ja nicht Versuch geblieben. Aber die Gefahr ist doch nur die Wahrscheinlichkeit, daß der Erfolg (die Verletzung) eintritt, und es gab eine Zeit, zu der noch ungewiß war, ob der Erfolg eintreten oder ob die Tätigkeit „im Versuch stecken bleiben" würde. Man redet doch auch von Ansteckungsgefahr, auch wenn der Gefährdete sich gar nicht angesteckt hat. Droht wirklich nicht objektiv Gefahr, wie in den Fällen des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln oder am absolut untauglichen Objekt, so liegt auch kein Versuch mehr vor. (Ebenso Liszt, § 47, im Gegensatz zu der Judikatur des Reichsgerichts.)

Es besteht also kein Unterschied im Wesen des Erfolges beim Gefährdungsdelikt einerseits und beim Versuch andrerseits. Denn weder ist es unmöglich, daß der Täter nach Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale des Gefährdungsdeliktes doch noch die Verletzung gefährdeter Rechtsgüter verhindert, noch viel weniger ist der Täter beim Versuch stets Herr über das Eintreten oder Nichteintreten des Erfolges.

---

[1]) Hälschner, S. 339.

Wenn man Versuch mit unbeendeter und mit beendeter Ausführungshandlung, und bei letzterem wieder als Unterart das fehlgeschlagene Verbrechen unterscheidet, so ist diese Unterscheidung für das über den Versuch als Gefährdungsdelikt Gesagte bedeutungslos. Denn der vollendete Versuch ist nur ein späteres Stadium des nicht vollendeten. Überdies ist die Grenze oft verwischt. Das fehlgeschlagene Verbrechen interessiert in diesem Zusammenhang gar nicht, denn es ist nur eine der beiden Erscheinungsformen, die der Versuch nach seiner Vollendung annehmen kann, und niemals kann seinetwegen der Täter bestraft werden, da der Erfolg — die Verletzung — nicht eingetreten ist. Es wird vielmehr in diesem Falle nur bestraft, weil vorher durch den (vollendeten) Versuch ein Zustand der Gefährdung eingetreten war. Wenn früher gesagt worden ist, ein Delikt ist ein Zuwiderhandeln wider die Norm, durch welches der durch die Norm zu verhütende Erfolg eintritt und durch welches andrerseits der Handelnde straffällig wird, so ist der Versuch ein Delikt, wenn es eine Norm gibt, welche den Erfolg des Versuches verhüten soll. Und diese gibt es. Im Reichsstrafgesetzbuch ist sie enthalten im § 43 in Verbindung mit den auf das vollendete Delikt bezüglichen Vorschriften, z. B. § 211; sie lautet: „Du sollst nicht einen Zustand der Gefährdung herbeiführen, der zu der Besorgnis Anlaß gibt, daß eine Verletzung eintreten werde", einen Zustand der Gefährdung, der nicht wesentlich verschieden ist von dem durch ein Gefährdungsdelikt geschaffenen.

Daraus, daß der Versuch ein Delikt ist, folgt, daß der Täter, sowie er sich des Versuches schuldig gemacht hat, straffällig wird. Das kann durch nichts, auch durch Rücktritt nicht, geändert werden. Was in der Vergangenheit liegt, läßt sich nicht mehr korrigieren oder annullieren. Tatsachen sind, wie Osenbrüggen[1]) sagt, unerbittlich.

[1]) Osenbrüggen I, S. 37, 38.

Da der Versuch wegen Herbeiführung einer Gefahr mit Strafe bedroht ist, so kann niemals in den Tatbestand des Versuchs die Unfreiwilligkeit des Rücktritts als negatives Tatbestandsmerkmal aufgenommen werden. Diese Gefahr, die Möglichkeit, daß die Verletzung eintritt, ist vor dem Augenblick, in dem der Täter seinen Entschluß zurückzutreten betätigt, dieselbe, mag der Täter im nächsten Augenblick vom Versuch zurücktreten, oder sein ursprüngliches Vorhaben weiter ausführen. Und mit dem Herbeiführen dieser Gefahr, dieser Möglichkeit, wird der Täter straffällig. Wurde der Täter im Stadium des Versuchs überrascht, so ist das in der Vergangenheit liegende durchaus dasselbe, wie wenn er freiwillig zurücktrat.

Aus der Natur des Versuchs als eines Gefährdungsdeliktes folgt, daß der Rücktritt niemals ein negatives Tatbestandsmerkmal des Versuches ist, daß niemals bestimmt werden kann, daß der Rücktritt dem Versuch den Charakter als Delikt nehmen kann.

Wenn der Täter, der vom Versuch zurückgetreten ist, nicht bestraft wird, so erklärt sich das damit, daß der Rücktritt ein Strafausschließungs- genauer ein Strafaufhebungsgrund ist.

§ 8.

b) Der Versuch als strafbarer böser Wille.

Der Nachweis, daß der Rücktritt ein negatives Tatbestandsmerkmal des Versuchs weder ist noch sein kann, ist durch die Darlegung der Natur des Versuchs als Gefährdungsdelikt erbracht. Aber, selbst wenn man sich der objektiven Versuchstheorie ablehnend gegenüber verhalten wollte und sich auf den Standpunkt stellen würde, daß der Versuch gestraft wird als teilweise Verwirklichung der verbrecherischen Absicht, also aus subjektiven Gründen strafen wollte, käme man zu dem gleichen Resultate. Nach der subjektiven Versuchstheorie soll der Versuch gestraft werden wegen des in

der Handlung objektivierten bösen Willens; es soll die Absicht zwar „nicht an sich, sondern darum und insoweit gestraft werden[1]), als sie sich vermittels der Handlung objektiviert hat, in erkennbarer Weise in die Erscheinung getreten ist"[2]).

Auch mit Hilfe dieser Theorie läßt sich beweisen, daß der Rücktritt kein Schuldausschließungsgrund ist. „Durch das freiwillige Abstehen des Täters von dem Fortsetzen seiner Tätigkeit und der Vollendung der strafbaren Tat kann weder das Geschehene ungeschehen gemacht, noch ihm die Bedeutung entzogen werden, Handlung zu sein, durch welche die verbrecherische Absicht zum Ausdrucke, das verbrecherische Wollen zur, wenn auch unvollständigen Verwirklichung gelangte" sagt Hälschner a. a. O. einer der Vertreter der subjektiven Theorie.

Soll der Versuch gestraft werden als eine teilweise Verwirklichung der verbrecherischen Absicht, so muß in einem bestimmten Stadium der Verwirklichung die angedrohte Strafe verwirkt sein. Der Rücktritt ist aber auch noch möglich, wenn die Strafe schon verwirkt ist. Es gilt auch hier, daß Tatsachen nicht mehr aus der Welt geschafft werden können: daran, daß die Strafe verwirkt ist, kann der Rücktritt nichts ändern.

Man mag also einer Theorie über die Strafbarkeit des Versuchs folgen, welcher man will, man wird stets zu dem Ergebnis kommen, daß das Verhalten des Zurücktretenden nicht die Folge hat, daß an dem Wesen der strafbaren Versuchshandlung sich etwas ändert, daß der Rücktritt ein Schuldausschließungsgrund ist. (Nur wenn man sich auf den Boden der Präsumptionstheorie stellen würde, könnte man die Straflosigkeit der Versuchshandlung bei Rücktritt begründen. Diese Theorie ist aber unhaltbar[3]).

---

[1]) Hälschner, I, S. 360.

[2]) Eine Würdigung dieser Theorie erscheint überflüssig, da ja auch sie zu demselben Resultate führt, wie die richtige objektive Theorie. Im übrigen ist sie durch die früheren Ausführungen widerlegt.

[3]) vgl. S. 16 ff.

§ 9.

III. A. Die Wirkung des Rücktritts auf die verwirkte Strafe des Täters.

Der Rücktritt ist ein Straf- aber kein Schuldausschließungsgrund. Wenn auch der Täter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen abhängig waren, oder zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat, so hat er sich doch einer strafbaren Handlung schuldig gemacht. Trotzdem wird er nach positiver Vorschrift des § 46 nicht bestraft. Der Grund der Befreiung von der Strafe ist kriminalpolitischer Natur. Der Sinn der Ausübung des Strafrechts ist, unerwünschte Veränderungen in der Außenwelt, Verletzungen und Gefährdungen, zu verhüten. Durch die Strafandrohungen sollen die Gewaltunterworfenen abgeschreckt werden, den unerwünschten Erfolg herbeizuführen. Durch Verheißung einer Belohnung (Befreiung von der Strafe) soll der Täter veranlaßt werden, den Erfolg nicht herbeizuführen oder ihn abzuwenden. Beide Maßnahmen verfolgen den gleichen Zweck; die Verheißung einer Belohnung ist das Gegenstück zu der Androhung der Strafe. Je nach dem herbeigeführten Erfolge wird bestraft oder belohnt.

Der Täter hat im Stadium des Versuchs oft noch die Möglichkeit, den Eintritt des Erfolges (des vollendeten Verbrechens) zu verhindern. Um ihn dazu zu veranlassen, setzt ihm der Gesetzgeber die Prämie aus, die darin besteht, daß er ihm die bereits verwirkte Strafe erläßt. Er baut dem bereits straffällig gewordenen Täter, wie Liszt[1]) sagt, eine goldene Brücke zum Rückzug.

[1]) vgl. Liszt, S. 210.

Da der Erfolg und nicht der böse Wille für das Strafrecht das Wesentliche ist, so liegt der Grund der Straflosigkeit des Versuchs bei Rücktritt in kriminalpolitischen Gründen. Diese Behauptung findet ihre Stütze in den Motiven. Wenn die Motive auch beweisende Kraft nicht haben, so zeigen sie doch, daß die Redaktoren des Reichsstrafgesetzbuches auf demselben Standpunkt standen. In den Motiven wird zwar nur von § 46 Abs. 2 gesagt, daß diese Bestimmung auf kriminalpolitischen Gründen beruhe; es liegt aber nahe, ein Gleiches von § 46 Abs. 1 anzunehmen, da doch hier wie dort ein Rechtsgrund für die Bestimmung fehlt. So auch das Reichsgericht[1]): „Stünde die Vorschrift in § 46 Nr. 1 für sich allein, so wäre eher ein Zweifel darüber gerechtfertigt, ob nicht die Straflosigkeit des nicht beendigten Versuchs bei freiwilligem Rücktritt auf die Annahme einer Schwäche des verbrecherischen Willens, mithin auf die Annahme einer mangelnden Verschuldung zurückzuführen sei. Allein die Nr. 1 des § 46 steht im Zusammenhang mit der Nr. 2, welche bei dem beendeten Versuche den freiwilligen Rücktritt unter gewissen Voraussetzungen mit Straflosigkeit für die Straftat belohnt. In den Fällen dieser Nr. 2 . . . liegt in der vorangegangenen Tätigkeit eine strafbare Schuld vor. Die nachfolgende Tätigkeit vermag den Charakter der Handlung nicht zu ändern; die Straflosigkeit beruht hier also nicht auf einem in der Handlung selbst zu suchenden, die Schuld aufhebenden Grunde, sondern auf Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche im Interesse der Rechtssicherheit eine Beförderung der tätigen Reue empfiehlt. In den Motiven des deutschen Strafgesetzbuches wird demgemäß die Vorschrift in Nr. 2 des § 46 als auf kriminalpolitischen Gründen beruhend bezeichnet. Dasselbe muß auch für die Vorschrift in Nr. 1 des § 46 gelten, da sie mit jener auf gleiche Linie gestellt ist."

---

1) Band 6, S. 341.

Gegen diese Ausführung polemisiert Herzog. Wenn ihr auch insofern nicht zuzustimmen ist, als sie der subjektiven Theorie Zugeständnisse macht, so ist doch das Ergebnis richtig. In der Polemik Herzogs[1]) findet sich übrigens eine Bestätigung der richtigen Ansicht: „§ 46 Ziffer 1 und § 46 Ziffer 2 sind strafrechtlich vollkommen homogen, da positive Tätigkeit und Unterlassen (hier der möglichen Abwendung des Erfolges) kriminalistisch denselben Wert haben." Tritt also in dem einen der beiden homogenen Fälle die Straflosigkeit nicht ein aus einem Rechtsgrunde, in dem zweiten Falle ebenfalls nicht, sondern aus einem kriminalpolitischen Grunde, so liegt die Annahme nahe, daß auch im ersten Falle aus einem solchen Grunde Straffreiheit verheißen wird.

Wie Herzog a. a. O. richtig bemerkt, sind Nr. 1 und Nr. 2 des § 46 strafrechtlich homogen. Verhütet werden soll hier wie dort der Erfolg. Im Falle der Nr. 1 ist der Erfolg in der Regel von der Fortsetzung der Tätigkeit des Täters abhängig. Soll der Erfolg nicht eintreten, so genügt es, daß der Täter seine Tätigkeit abbricht. Ist dagegen die Versuchshandlung abgeschlossen, so ist eine weitere Tätigkeit begrifflich nicht möglich; eine solche ist eben nicht mehr denkbar. Will der Täter das Nichteintreten des Erfolges, so muß er in entgegengesetzter Richtung tätig sein (besser: tätig werden). Sein Verhalten muß also positiver und nicht wie beim unbeendeten Versuch negativer Natur sein. Bei dem Versuch mit abgeschlossener Tätigkeit muß die Wahrscheinlichkeit, daß der Erfolg eintritt, vorausgesetzt, daß der Täter sich passiv verhält und „die Objektivität der Naturgesetze zu den Plänen des Täters Ja und Amen spricht", wie Klee sagt, zur Gewißheit werden. Der Zustand der Gefahr ist hier größer als im Falle des unbeendeten Versuchs. Deswegen ist, um ihn zu beheben, ein größerer Grad von Energie erforderlich. Das gemeinschaftliche im Wesen des

[1]) Herzog, S. 217.

Rücktritts im engeren Sinne und der tätigen Reue ist, daß der Zustand der Gefahr durch den beseitigt wird, der ihn herbeigeführt hat; dafür wird der Täter durch Strafbefreiung belohnt. Wie die Gefahr behoben wird, ist gleichgültig, nur muß sie durch (aktives oder passives) Verhalten des Täters behoben werden.

Von mehreren Schriftstellern wird behauptet, daß die Befreiung von der Strafe aus Billigkeitsrücksichten eintrete. (Vgl. § 5). Die Einwendungen, die sie gegen die Rechtfertigung der Straffreiheit aus kriminalpolitischen Gründen machen, sind bereits gewürdigt. Soweit diese Schriftsteller meinen, es sei billig, die Strafe zu erlassen, da der Täter eine böse Absicht aufgegeben habe, ergibt sich die Unrichtigkeit dieser Meinung daraus, daß sie eine Konsequenz der subjektiven Theorie ist. Wenn aber behauptet wird, es sei billig, nicht zu bestrafen, weil kein schädigender Erfolg eingetreten sei, so ist dies zwar nicht unrichtig, aber nicht der Grund der Straffreiheit. In folgendem Falle wird der Billigkeit nicht Rechnung getragen[1]: A stiftet den B zur Herbeiführung einer Überschwemmung an. B hat die Tätigkeit bereits abgeschlossen, da wandelt sie beide, ohne daß der eine vom andern weiß, Reue an. A verstopft die in den Damm gebohrte Öffnung; wie B eintrifft, um dasselbe zu tun, sieht er, daß seine Absicht schon verwirklicht ist, und daß für ihn nichts mehr zu tun bleibt. Dann ist A freizusprechen, B dagegen zu bestrafen. Die Billigkeit würde erfordern, daß auch B straflos ausgehe; daß er aber nach positivem Recht bestraft wird, erscheint zwar hart, ist aber eine logische Konsequenz der objektiven Theorie, von der man umgekehrt auf die Richtigkeit dieser Theorie schließen kann.

[1]) vgl. Heilborn, S. 216.

§ 10.

B. Die Wirkung des Rücktritts auf die verwirkte Strafe des Teilnehmers.

Dem vom Versuche zurücktretenden Täter wird die Strafe erlassen, da er den von ihm herbeigeführten Zustand der Gefahr wieder beseitigt, mithin die Bedingung, unter der ihm die Prämie der Befreiung vor der Strafe versprochen war, erfüllt hat. Diese Befreiung von der Strafe kann der Anstifter und der Gehilfe nicht beanspruchen.

Anstifter und Gehilfen haben durch ihre Teilnahme an dem versuchten Delikt ihre Strafe verwirkt. Sie sind an dem Entstehen der Gefahr mehr oder weniger schuld; gegen den Befehl des Gesetzes haben sie den Zustand der Gefahr mitherbeigeführt. Wenn nun der von ihnen mitverschuldete Zustand der Gefahr beseitigt wird, so ist es unerheblich, ob der Täter oder ein dritter dies tut: die Strafe bleibt verwirkt. Erfolgt die Strafaufhebung für den Täter aus kriminalpolitischen Rücksichten, so wäre es widersinnig, ja das Gegenteil von kriminalpolitisch, den Teilnehmer straflos ausgehen zu lassen. Wenn manche Schriftsteller (z. B. Schütze a. a. O.) mit Unrecht sagen, daß Gründe dieser Art die Straflosigkeit des Täters nicht rechtfertigen können, so kann man es hier mit Fug und Recht behaupten; denn hier würde das Risiko für den Teilnehmer sehr vermindert dadurch, daß er nicht nur selbst vom Versuche zurücktreten und dadurch sich Straflosigkeit verschaffen kann, sondern daß ihm auch der Rücktritt des Täters zugute käme. Kriminalpolitische Erwägungen verbieten es also, die dem zurücktretenden Täter in Aussicht gestellte Strafbefreiung auch dem Teilnehmer zu versprechen. Der Rücktritt des Täters vom Versuche hat also weder im geltenden Reichsrecht irgend welchen Einfluß auf die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen, noch

kann er ihn überhaupt ausüben. (Die Frage, wie Anstifter und Gehilfen ihrerseits sich durch Rücktritt Straflosigkeit verschaffen können, wird hier nicht berührt.)

Auch wenn es richtig wäre, daß die Strafe des Täters aus Billigkeitsrücksichten aufgehoben würde, so ist kein Grund vorhanden, daß Anstifter und Gehilfen dieser Wohltat teilhaftig werden. Es liegt durchaus kein Grund vor, sie für etwas zu belohnen, was ohne, oder sehr gegen ihre Willen geschah.

§ 11.

IV. Die Stellungnahme der neueren Strafgesetzgebung; de lege ferenda.

Daß der Rücktritt des Täters vom Versuche den Anstifter und Gehilfen nicht von der Strafe befreit, ist eine Konsequenz der objektiven Theorie. Im Reichsstrafrecht steht nichts im Widerspruch mit dieser Theorie und ihrer Konsequenz, wenn auch bezüglich der letzteren eine positive Vorschrift fehlt.

Ebenso steht die moderne Gesetzgebung anderer Staaten auf dem richtigen Standpunkt und bringt ihren Standpunkt mehr oder minder deutlich zum Ausdruck.

Eine Ausnahme bildet das neue russische Strafgesetzbuch vom 22. März 1903. Hier ist die Unfreiwilligkeit des Rücktritts negatives Tatbestandsmerkmal des Versuchs: „Der Anfang der Ausführung einer vom Schuldigen gewollten strafbaren Handlung, die dank einem von seinen Willen unabhängigen Umstand nicht zu Ende geführt worden ist, ist als Versuch zu betrachten." (§ 49 Abs. 1). Da demnach eine Versuchshandlung, von deren Weiterführung der Täter freiwillig abgestanden ist, keine strafbare Handlung ist, und als Teilnehmer (Anstifter und Gehilfen) gemäß § 51 Z. 2 und 3 gelten: „diejenigen, welche einen anderen zur Teilnahme an der strafbaren Handlung angestiftet, beziehungs-

weise — in der angegebenen Weise — der Begehung der strafbaren Handlung Vorschub geleistet haben", so gehen auch die Teilnehmer bei Rücktritt des Täters straflos aus. Dies steht aber im Widerspruch mit den Folgerungen der objektiven Theorie, der der Abs. 4 des § 49 ein Zugeständnis macht: „Der Versuch der Begehung einer strafbaren Handlung durch offenbar untaugliche, aus äußerster Unwissenheit oder aus Aberglauben gewählte Mittel, ist straflos." Die falsche Formulierung des Versuchsbegriffs hat aber noch zur Folge, daß der Teilnehmer ohne jeden Grund besser gestellt ist als der Täter. Denn, tritt der Täter zurück, bleibt auch der Teilnehmer straffrei, denn § 51 Abs. 4 rechtfertigt seine Bestrafung nicht. Tritt dagegen der Teilnehmer zurück, so wird er gemäß § 51 Abs. 5 straffrei, nicht aber der Täter.

Im Gegensatz hierzu bewirkt nach den Vorschriften des deutschen, österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs der Rücktritt des Täters vom Versuch nicht die Straflosigkeit des Teilnehmers.

Am deutlichsten bringt dies der Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch vom September 1909 zum Ausdruck. Nachdem im § 14 bestimmt ist, daß „wer mit dem Vorsatz, eine strafbare Tat zu begehen, eine unmittelbar zu ihrer Ausübung führende Handlung vornimmt", wegen Versuchs bestraft wird, sagt der § 16: „Wer freiwillig und nicht wegen eines von seinem Willen unabhängigen Hindernisses von seiner Tätigkeit absteht, bevor er sie beendet hat, oder wer freiwillig und nicht weil er weiß, daß seine Tat entdeckt ist, den Erfolg verhindert oder abwendet, ist wegen Versuchs nicht mehr strafbar." Aus dieser klaren Fassung geht hervor, einmal, daß durch die Versuchshandlung die Strafe verwirkt ist und zweitens, daß der Rücktretende wieder straffrei wird. Es folgt daraus ohne weiteres, daß die Strafbarkeit derjenigen, die sich nach § 13 der Teilnahme („Anstiftung und Beihilfe") an einer — nach § 14 — straf-

baren Handlung schuldig gemacht haben, durch den Rücktritt des Täters nicht beeinflußt wird.

Die gleiche Folgerung ist aus dem Wortlaute des Vorentwurfs zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch vom April 1908 zu ziehen. Auf den ersten Blick könnte zwar zweifelhaft sein, ob Anstiftung zum nur versuchten Verbrechen oder Beihilfe zu diesem strafbar ist, da § 23 lautet: „Wer vorsätzlich zu einem Verbrechen bestimmt . . . und wer zu einem Verbrechen vorsätzlich Hilfe leistet . . .“ und vorher im § 22 gesagt ist: „Versuch. Wer ein Verbrechen auszuführen versucht . . .“; so daß die Frage zu prüfen ist, ob der Versuch ein „Verbrechen“ im Sinne dieses Gesetzes ist. Die Frage ist zu bejahen, da „Verbrechen“ als allgemeiner Ausdruck für strafbare Handlung angewandt wird. (Vergl. § 6: Nach schweizerischem Gesetz ist strafbar, wer in der Schweiz ein Verbrechen begeht; auch § 9.) Demnach sind die Teilnehmer an einem nur versuchten Verbrechen strafbar und bleiben es auch beim Rücktritt des Täters, denn nur „wer freiwillig von dem Versuche absteht oder den Erfolg des Versuchs verhindert, wird straflos“ . . . (§ 22 Abs. 3).

Die die Wirkung des Rücktritts vom Versuch regelnde Vorschrift des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch läßt die Klarheit der im österreichischen und schweizerischen Entwurf angewandten Ausdrucksweise leider vermissen. § 77 a. a. O. lautet: „Die Strafbarkeit des Versuchs fällt weg, wenn der Täter freiwillig die Ausführung aufgegeben oder den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat“. Diese Fassung läßt die Auslegung zu, daß die Teilnehmer am Versuch, die nach den §§ 78, 79 — sie bestimmen inhaltlich dasselbe wie die §§ 48, 49 des noch geltenden Gesetzes — in Verbindung mit § 75 (Strafbarkeit des Versuchs) sich strafbar gemacht haben, durch den Rücktritt des Täters ebenfalls straffrei werden. Es würden dann die Worte: „Die Strafbarkeit des Versuchs fällt weg“ erklärt

werden: die durch die Versuchshandlung verwirkten Strafen, sowohl die vom Täter unmittelbar und vom Teilnehmer mittelbar verwirkten, kommen in Fortfall. Die „Begründung" sagt zwar, daß aus dem Ausdruck „nichts zugunsten etwaiger Mittäter, Anstifter und Gehilfen folgt, denn ein strafbarer Versuch ist begangen und bleibt bestehen", aber die Motive werden nicht Gesetz; sie zwingen nicht einmal die Auslegung, sich ihnen anzuschließen. In der Begründung heißt es ferner: „Der Ausdruck: »Die Strafbarkeit des Versuchs fällt weg« besagt das Gleiche wie der bisherige: »Der Versuch als solcher bleibt straflos«". Dieser Ausdruck besagt aber gar nichts, wie sich aus dem lebhaften, an die Auslegung dieser Worte sich knüpfenden Streit ergibt. Soll der Streit über die Wirkung des Rücktritts nicht auch wieder aufleben, wenn der Vorentwurf Gesetz wird, so muß das, was der Gesetzgeber will, auch klar und deutlich zum Ausdruck gelangen. Dies würde geschehen, wenn der § 77 die Fassung erhielte:

„Der Täter, welcher sich nach § 75 strafbar gemacht hat, wird straflos, wenn er freiwillig die Ausführung aufgeben oder den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat."

Lebenslauf.

Ich bin am 24. November 1887 zu Cannstatt in Württemberg als Sohn des jetzt verstorbenen Professors a. D. Julius Behrendt und seiner Ehefrau Elisabeth, geborenen von Ernst, geboren. Ich bin Preuße und katholischer Konfession.

Ich besuchte von Ostern 1897 bis Ostern 1907 mit $1^1/_4$jähriger Unterbrechung das Kgl. Gymnasium zu Patschkau, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Sodann studierte ich sechs Semester die Rechtswissenschaften und zwar das 1. und 4. an der Kgl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, das 2. und 3. an der Universität Genf und das 5. und 6. an der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau.

Am 18. Juli 1910 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Breslau, am 26. Juli 1910 die mündliche Doktorprüfung.

Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 5. August 1910 am Kgl. Amtsgericht in Ottmachau; seit dem 5. Mai 1911 bin ich an dem Kgl. Landgericht in Breslau beschäftigt.

Herbert Behrendt.